

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
BUT DE L'ACTION PAULIENNE
et sa réalisation

(Etude comparative de droit français et de
droit allemand)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 22 février 1911, à 1 h. 1/2

PAR

S. MANGEMATIN

Président : M. PIEDELIÈVRE, professeur
Suffragants { *MM. MASSIGLI, professeur*
 { *BARTIN, professeur*

PARIS

JOÜVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE (VI^e)

1911

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs .

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
BUT DE L'ACTION PAULIENNE
et sa réalisation

(Etude comparative de droit français et de
droit allemand)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 22 février 1911, à 1 h. 1/2

PAR

S. MANGEMATIN



Président : M. PIEDELIÈVRE, professeur
Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur
BARTIN, professeur

PARIS
JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS
15, RUE RACINE (VI^e)

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE BUT DE L'ACTION PAULIENNE

ET SA RÉALISATION

Etude comparative de droit Français et de droit Allemand

INTRODUCTION

Lorsqu'il s'agit d'étudier une règle de droit édictée de façon précise par le législateur, il peut être utile d'en déterminer les raisons et la portée, mais cette tâche est relativement aisée et se confond avec l'interprétation des textes.

Si, au contraire, la règle est à peine esquissée, si le législateur en a simplement affirmé l'existence, sans donner aucune solution de détail, il devient indispensable d'en pénétrer le but, les raisons d'être et les conditions d'application.

S'il s'agit d'une action, il importe donc d'examiner quels sont les intérêts que cette action a pour but de protéger, les dangers qu'elle tend à éviter, les abus que le législateur a voulu réprimer par elle. On doit tenir compte aussi du milieu dans lequel elle est

appelée à servir, et des autres règles qui la doivent coudoyer ou dominer.

Enfin, si dans l'état actuel du droit, le but reconnu à l'action n'est pas pleinement réalisé, il faut rechercher dans le droit comparé s'il n'y aurait pas une meilleure réalisation de cette action.

Or, sur la législation de l'action paulienne, que nous nous proposons d'étudier, les textes se réduisent en France à ce bref article :

« Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

« Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre : *Des Successions*, et au titre *Du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, se conformer aux règles qui y sont prescrites. »

Tels sont les termes dans lesquels s'exprime l'article 1167 du Code civil.

Une semblable concision, dans une matière aussi importante (1), ne saurait s'expliquer que par un renvoi à la tradition.

Cette idée est du reste admise par l'unanimité des auteurs et de la jurisprudence. « Les rédacteurs du Code civil, dit M. Planiol (2), ne trouvant pas dans

1. Le Digeste lui a consacré un titre entier, le titre VIII du livre XLII.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n 298.

leur guide habituel, Pothier, une théorie toute faite, se sont bornés à énoncer le principe dans l'article 1167, sans donner de solution précise sur aucun point, c'est un simple avertissement que l'action paulienne existe toujours. »

C'est donc un « merveilleux exemple de conservation dans les institutions juridiques » que cette théorie, qui se perpétue du droit romain jusqu'à nos jours, après s'être quelque peu abolie pendant l'ancien droit, où nous ne voyons aucun juriste l'étudier spécialement.

Toutefois l'action paulienne n'a jamais complètement disparu et, si nous n'en trouvons que des traces dans l'ancien droit, cela tient à ce que le nombre et la qualité des garanties accordées aux créanciers, et en particulier l'hypothèque engendrée par tous les actes notariés, protégeaient suffisamment ces créanciers. Ceux-ci, pourvus d'un droit de suite sur les biens de leur débiteur, n'avaient pas besoin de recourir à l'action paulienne.

Nous nous efforcerons, dans une première partie, de rechercher quel est, en France, le but visé par l'action paulienne et comment on arrive à le réaliser dans la coutume moderne.

Dans une seconde partie, nous analyserons les systèmes du droit allemand sur l'action paulienne.

Dans une troisième partie, nous essaierons de comparer le droit allemand et le droit français.

Puis nous tirerons une conclusion.

Mais auparavant il importe de fixer les conditions dans lesquelles s'intente l'action paulienne.

Il faut, pour que les créanciers puissent l'exercer, qu'ils soient lésés dans leur droit au paiement ; or, ils ne peuvent l'être que si le débiteur est insolvable, du moins lorsqu'il s'agit d'un paiement en argent.

L'action paulienne est donc une action subsidiaire supposant comme préliminaire indispensable l'insolvabilité du débiteur.

Or, nous le savons, l'insolvabilité en droit français peut avoir des effets fort différents, suivant que le débiteur est ou n'est pas commerçant.

Est-il commerçant, ce sont les principes du droit commercial qui régissent sa situation. Est-il au contraire un simple particulier, il est soumis aux règles de la déconfiture.

Or, la procédure est loin d'être la même dans les deux cas.

La faillite amène le dessaisissement du failli, il ne peut plus administrer ses biens, même ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite.

Toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics.

Les créanciers forment une masse ; la procédure de faillite, qui est une procédure collective, tend à donner aux créanciers chirographaires une part

égale dans la répartition de l'actif au prorata de leurs créances.

Dans la déconfiture au contraire, le débiteur reste jusqu'au bout libre d'administrer son patrimoine, il a le droit, n'étant pas dessaisi, de payer l'un de ses créanciers de préférence aux autres, ou de lui conférer une hypothèque.

La loi elle-même donne en ce cas au créancier le plus diligent, le moyen de se procurer une situation privilégiée, en obtenant un jugement de condamnation qui emporte hypothèque sur tous les biens du débiteur.

Celui-ci peut donc disposer de son actif, faire des aliénations, payer, accorder des sûretés, constituer des gages en faveur d'un de ses créanciers et, en l'absence de toute fraude, ce paiement et ces sûretés sont valables alors même que le créancier aurait eu connaissance de l'insolvabilité du débiteur (1).

Si le créancier avantagé est poursuivi, il pourra répondre qu'il a usé de son droit (2) car, en cas de déconfiture « la préférence est non le prix de la fraude, mais le prix de la vigilance » (3).

Ainsi nous voyons d'un côté le régime de l'égalité,

1. Ch. civile. Cassation, 3 mars 1869. *Dalloz périodique*, 69. 1. 200.

2. Cour de Bordeaux du 26 mai 1873. D. 76. 2. 23.

3. Tribunal civil de Lyon, 29 juillet 1871. *Moniteur judiciaire de Lyon* du 14 octobre 1871.

de la procédure collective, du dessaisissement, de l'autre celui de l'action individuelle où le paiement est le prix de la course, et de la libre répartition de l'actif.

On conçoit qu'une action comme l'action paulienne qui s'exerce dans les deux cas de déconfiture et de faillite soit influencée par de telles différences.

PREMIÈRE PARTIE

DU BUT DE L'ACTION PAULIENNE ET DE SA RÉALISATION EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER

PRÉLIMINAIRES

L'action paulienne fut introduite dans l'édit par un certain préteur Paulus, qui vivait dans les derniers siècles de la république romaine, et du reste totalement inconnu par ailleurs.

§ 1. — BUT

Elle était alors délictuelle et avait pour but de réprimer la *fraus creditorum* comme d'autres actions réprimant le dol ou la *metus* (1), et elle atteignait le tiers comme complice.

1. Girard, *Manuel de droit romain*, p. 420.

De plus elle avait pour but de protéger le plus possible les autres créanciers contre la *fraus*.

Elle était donc créée dans un double but :

- 1° Un but répressif : réprimer la *fraus* ;
- 2° Un but de protection : protéger les créanciers chirographaires contre cette fraude.

Mais par qui les créanciers peuvent-ils être lésés.

I. — Ils peuvent l'être d'abord par le débiteur.

Celui-ci est maître de son patrimoine, il peut en disposer, le dissiper en diminuant son actif ou en augmentant son passif. Il amoindrira par suite, pour ses créanciers, la possibilité de se faire payer. Si ceux-ci n'ont pas pris la précaution d'exiger des garanties spéciales, sûretés réelles ou cautions, ils doivent courir ce risque tant que le débiteur n'est pas devenu insolvable, et s'il est devenu insolvable sans avoir agi frauduleusement, ils ne peuvent s'en prendre qu'à leur négligence.

II. — Ils peuvent être lésés par les tiers.

Les tiers, ce sont ici soit les donataires ou autres acquéreurs à titre gratuit qui ont profité, au détriment des créanciers, de l'actif du débiteur et ont par suite occasionné son insolvabilité, soit d'autres créanciers, qui, plus habiles, plus durs ou mieux renseignés, se sont fait payer au préjudice de l'un d'eux.

§ 2. — RÉALISATION

Voyons comment en droit romain l'action paulienne arrivait à réaliser son but.

Elle était exercée normalement par un administrateur nommé par le prêteur, le *curator bonorum*, auquel le prêteur l'accorde lorsque l'insolvabilité était prouvée par la *missio in possessionem*, pour faire rentrer dans la masse les valeurs qui en sont frauduleusement sorties.

Elle profitait à tous les créanciers, même postérieurs à l'acte attaqué.

Et si extraordinairement le prêteur l'accordait à un créancier agissant individuellement, *ei cui de ea re actionem dare oportebit* (1), ce n'était pas dans son seul intérêt, et la masse des créanciers participe au profit de l'action par suite de leur droit de gage général sur la chose rentrée dans la masse ; les créanciers qui ont traité postérieurement à l'acte attaqué et par suite n'en ont pas éprouvé de préjudice bénéficient de l'action paulienne comme les autres.

De plus, le prêteur avait donné à cette action le caractère d'*arbitraria* : le tiers *fraudator* était condamné à payer une somme de tant, à moins qu'il ne restituât la chose comme s'il n'avait pas traité.

1. *Digeste*, l. XLII, tit. VIII, § 7.

Pénale dans son principe (et, d'après M. Cuq (1), ce caractère pénal s'il existe est très atténué), l'action paulienne arrivait donc, au moins pour le résultat, à une sorte de *droit de nullité* accordé à la masse des créanciers, car la condamnation était calculée pour arriver à ce résultat.

Le fait que les créanciers postérieurs à l'acte en profitent, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut, montre bien que, en fait, ce n'était pas une simple action en indemnité, car dans ce cas ils n'auraient eu aucun droit à l'indemnité.

Nous pouvons constater dans ce simple aperçu que, en droit romain, le double but de l'action paulienne était pleinement réalisé : l'acte était regardé comme non valable vis-à-vis des créanciers et ceux-ci participaient tous également à l'action.

§ 3. — CONDITIONS REQUISES POUR ATTEINDRE PLEINEMENT LE BUT DE PROTECTION

Nous pouvons déduire de cela que la meilleure manière de protéger complètement les créanciers et de réparer le préjudice que leur a causé un acte juridique est, autant que cela est possible, de le considérer comme non valable et de rétablir le patri-

1. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 489, note.

moine du débiteur dans l'état antérieur en rendant celui-ci incapable de le rendre pire (1).

De plus, afin que l'un des créanciers chirographaires du débiteur ne soit pas payé au détriment des autres en intentant à leur insu l'action paulienne, il importe de la rendre collective et d'en faire bénéficier également tous les créanciers.

D'après nous, étant donné le but de l'action paulienne, il faudra, si l'on veut arriver à une protection complète des créanciers, lui reconnaître deux caractères :

1° Celui d'*action en nullité*, pour rendre l'acte inopposable à ceux auxquels il porte préjudice ;

2° Celui d'*action collective*, afin d'établir l'égalité entre les créanciers.

1. Japiot, *Des Nullités* (Thèse, 1909, p. 26).

CHAPITRE II

DROIT CIVIL FRANÇAIS

§ 1. — BUT

Dans le droit français actuel, le but de l'action paulienne n'a pas changé, il est le même qu'en droit romain : « C'est, dit M. Planiol (1), une action donnée aux créanciers pour obtenir la révocation des actes faits en fraude de leur droit. »

Sans doute, par suite de l'évolution du droit pénal qui, on l'a souvent dit, est une perpétuelle abolition, le but *répressif* de l'action s'est encore atténué, toutefois il est toujours tangible, grâce à certaines particularités constamment admises par les auteurs et la jurisprudence, particularités que seul ce but de l'action permet d'expliquer clairement.

1. Ainsi l'acquéreur de mauvaise foi, qui n'a plus en sa possession la chose frauduleusement acquise, peut, malgré ce fait, être poursuivi. On ne saurait

1. Planiol, ouvrage cité, p. 296.

expliquer cette solution s'il n'y avait, outre le but révocatoire, un certain fondement délictuel ;

2° De même les effets de l'action sont variables. Comment se fait-il que les conditions de l'action et sa portée changent suivant la bonne ou mauvaise foi du tiers défendeur ?

Si le but était uniquement un but de protection, le résultat serait invariable au moins passivement, mais, de ce fait que la protection des intérêts des créanciers n'est pas la seule considération dont il faille tenir compte, il résulte que l'on pourra les sacrifier à ceux du tiers défendeur de bonne foi, ou les faire complètement prévaloir contre le tiers de mauvaise foi ;

3° Il est admis que l'action paulienne ne peut réussir contre un sous-acquéreur que dans les conditions où elle aurait triomphé contre le premier acquéreur. Ainsi le sous-acquéreur de bonne foi à titre onéreux d'un premier acquéreur de mauvaise foi, ne pourra être poursuivi. S'il s'agissait ici uniquement d'une action civile en nullité, elle devrait réussir contre ce sous-acquéreur, car son auteur ayant un droit annulable ne pouvait lui céder qu'un droit annulable. S'il ne peut être atteint, c'est donc que manque ici le fondement délictuel nécessaire à la réussite de l'action.

Ces différents caractères découlent, comme nous venons de le voir, de l'idée de pénalité privée que

renferme encore de nos jours l'action paulicenne. Le débiteur a commis un délit civil en fraudant ses créanciers, le tiers défendeur y a coopéré, il est donc en quelque sorte son *complice civil*.

Il est vrai que la notion de complicité est une notion de droit pénal, et que l'extension au droit civil de cette idée pénale n'est pas couramment admise.

« Mais il ne faut pas exagérer, dit M. P. Hugueney (1), la séparation qui existe entre les deux domaines : le civil faisant peser sur le coupable l'obligation d'indemniser la victime du préjudice produit souvent un effet intimidant ; le droit pénal à l'inverse, tout en ayant pour but la répression, ne peut et ne doit pas se désintéresser absolument de la réparation. »

En faveur de cette théorie, M. Hugueney donne encore cet argument : « Lorsqu'un acte constitue à la fois un délit pénal et un délit civil, et que son auteur est puni pénalement, on admet sans difficultés que les mêmes personnes seront tenues comme complices au point de vue pénal et au point de vue civil, cette solution paraît du reste imposée par l'article 55 du Code pénal.

1. Pierre Hugueney, *De la Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*. (Thèse de Dijon, 1910, p. 244).

« Supposons maintenant que, pour une cause ou pour une autre, ne soit pas intervenue de condamnation pénale, on ne voit pas pourquoi cette circonstance influerait sur la complicité au point de vue civil. Imaginons enfin que le fait ne soit plus punissable pénalement, et qu'il constitue seulement un délit civil. Faudra-t-il, dans cette nouvelle hypothèse, adopter une autre conception de la complicité? On ne saurait en apercevoir aucune raison (1). »

Et plus loin M. Hugueney constate que la jurisprudence, de même que l'examen des principes, commande la même solution.

Nous partageons cette opinion et reconnaissons que l'action paulienne atteint le tiers comme complice civil.

Mais comme nous l'avons fait remarquer, le but répressif n'est pas le seul de l'action paulienne, il n'en est même pas le but principal, il est très secondaire et nous ne l'avons fait ressortir que pour expliquer certains effets de l'action, nous n'y reviendrons donc plus.

2° *But de protection.* — Le but principal de l'action paulienne est, comme en droit romain, un but de *protection*.

Elle vise à protéger les créanciers contre les aliénations et autres actes frauduleux du débiteur qui leur

1. Hugueney, *idem*.

portent préjudice. Elle sert à sauvegarder leur droit de gage général sur le patrimoine du débiteur.

Or, nous avons reconnu que pour réaliser pleinement son but elle devait avoir deux caractères :

1^o Celui d'action en nullité;

2^o Celui d'action collective.

Nous allons donc rechercher si, en droit français, ces deux caractères lui sont reconnus par la doctrine et appliqués en jurisprudence et comment, s'ils ne le sont pas, l'on pourra atteindre le but de protection de l'action paulienne.

§ 2. — RÉALISATION

I. — *L'action paulienne est-elle une action en nullité ?*

C'est depuis longtemps une question fort controversée, et quoique la majorité des auteurs et de la jurisprudence lui reconnaisse ce caractère, certains auteurs, MM. Planiol (1), Boistel (2), Jean Acher (3) y voient une action en indemnité.

M. Planiol, toutefois (4), a atténué son opinion et

1. Planiol, *Revue critique*, t. XI, p. 494, 1882

2. Boistel, note sous Cassation, 23 juin 1892. D. 92. 1. 465.

3. Jean Acher, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 85.

4. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, § 327, note .

semble maintenant partisan de l'idée d'une nullité.

Les principaux arguments que font valoir ces auteurs résident surtout en ce que les caractères généralement reconnus à l'action paulienne par la coutume moderne sont loin d'être en harmonie avec les caractères de la théorie classique des nullités.

On est obligé, disent-ils, de créer une nullité spéciale, la nullité des actes frauduleux, qui ne ressemble en rien aux autres nullités, et, ce faisant, on complique inutilement la théorie déjà si obscure des nullités, alors qu'en sacrifiant cette tradition malencontreuse l'on obtiendrait une cohésion et une simplicité qui ont fait défaut jusqu'ici.

I. — « La nullité frappe objectivement, aveuglément, dit M. Jean Acher, dès que manque une condition intrinsèque requise à sa validité. Une conséquence en est que l'effet est toujours le même : 1° le rescindant ; 2° le rescisoire. Or, nous sommes loin d'arriver toujours à ce résultat dans l'action paulienne car, tantôt ses conditions, tantôt ses effets varient suivant la bonne ou mauvaise foi du défendeur. » Ainsi, alors que les effets des nullités sont invariables et absolus tout au moins passivement, ceux de l'action paulienne sont à la fois « relatifs et limités ».

II. — Lorsque l'acquéreur à titre gratuit est de bonne foi, il n'est tenu que de son enrichissement et ne

restitue de la chose que ce qui a augmenté son patrimoine. Si au contraire il est de mauvaise foi, le créancier pourra obtenir réparation complète du préjudice. C'est donc bien une indemnité qui peut être obtenue plus ou moins complète suivant l'étendue de la responsabilité civile du défendeur.

III. — Si le premier acquéreur, qui a directement profité de l'acte frauduleux, a aliéné au profit d'un sous-acquéreur de bonne foi la chose qui lui avait été transmise, il peut encore être poursuivi.

De plus, on fait en droit français les mêmes distinctions en faveur du sous-acquéreur que de son auteur, et s'il a acquis à titre onéreux et de bonne foi il sera hors de l'atteinte des créanciers. Or, s'il s'agissait ici d'une nullité on ne saurait expliquer cette solution car on se heurterait à la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, et si l'acquisition de son auteur est annulée, la sienne le sera par le fait même, tandis que s'il s'agit d'une indemnité, on comprend fort bien que le complice de la fraude puisse seul être inquiété.

IV. — Si l'action paulienne était une action en nullité pure et simple, le défendeur qui paie le créancier paie pour autrui. D'après l'article 1251-3° du Code civil, il lui serait subrogé légalement. Or, cette solution n'est pas admise, c'est donc une simple indemnité qu'il paie.

V. — Et comment se fait-il que le défendeur puisse

écarter la poursuite en désintéressant le créancier ? Ce droit ne lui est donné par aucun texte en matière de nullités.

Il semble difficile à première vue de réfuter tous ces arguments, et l'action paulienne paraît bien déborder et contredire sur tous ces points la théorie classique des nullités.

Nous ne croyons pas toutefois que, même dans son état actuel, ce soit une simple action en indemnité, car c'est bien l'acte même intervenu entre le débiteur et le tiers défendeur qui est visé et ce dernier n'a plus, par l'effet de l'action, un droit absolu sur son acquisition que l'on empêche d'exister vis-à-vis du créancier.

C'est donc une action en nullité, ou plutôt si l'on veut dépeindre exactement ce genre de nullité, une action en « inopposabilité », si ce mot lourd, à l'aspect germanique, devait être jamais consacré par l'usage (1).

Le mot d'*inopposabilité* montre bien que cette nullité est toute relative, et que, entre les parties l'acte attaqué est parfaitement valable. « Il pourrait développer son action normalement même par les conséquences que cette valeur *inter partes* aurait par répercussion sur la situation des tiers..., si les tiers ne venaient mettre obstacle à ce développement par un fait de leur initiative, initiative qui s'impose, car

1. Japiot, ouvrage cité, p. 26.

ils ont, sinon quelque chose à détruire, du moins un acte valable à limiter, dont les conséquences finiraient par les atteindre par contre-coup (1).

On considère donc ici l'action en nullité comme un « droit de critique permettant de méconnaître l'acte nul, d'agir conformément à l'inefficacité juridique qui est en droit sa situation » et par suite d'assurer un état de fait conforme à cet état de droit.

On le voit, cette conception s'écarte du cadre des nullités classiques, elle est beaucoup plus vaste et plus souple. Puisque l'action en nullité est un droit de critique, il est naturel que certains puissent l'exercer, alors qu'il sera refusé à d'autres qui ne réunissent point les qualités nécessaires. Ainsi, l'on pourra y faire entrer des nullités dont les efforts seront limités tant activement que passivement.

La nullité ainsi comprise, on peut fort bien voir en l'action paulienne une action en nullité.

Que demande en effet le créancier poursuivant ? Il demande seulement que l'acte, quel qu'il soit, ne lui soit pas opposable, son intérêt c'est d'être payé, au delà que lui importe le sort de l'acte. Il ne demande pas une nullité absolue, il n'agit que dans son intérêt relatif et individuel, et il vise seulement, en intentant l'action paulienne, à paralyser les effets

1. Japiot, ouvrage cité, p. 878.

de l'acte en tant qu'ils pourraient lui être préjudiciables.

Mais n'est-ce pas là presque mot pour mot la définition de la nullité « qui est, dit M. Japiot (1), une sanction n'ayant d'autre raison d'être que d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne, et, si l'on passe outre, de réparer le mieux possible cette violation en préservant contre les conséquences les intérêts que la règle était destinée à protéger ».

De plus, si l'on adopte cette façon de concevoir, on pourra répondre beaucoup plus facilement aux arguments formulés par les auteurs qui voient en l'action paulienne une action en indemnité.

I. — On ne peut plus nous opposer que la nullité frappe objectivement, aveuglément, et par suite ne saurait être subordonnée aux circonstances, puisque nous lui reconnaissons un fondement subjectif : le droit de critique visant les conséquences de l'acte est susceptible de limitations fondées sur des considérations relatives soit aux personnes auxquelles il s'applique, soit à la nature de certains effets qu'il s'agit de maintenir.

Il faudra donc, dans l'application de cette action, admettre qu'il peut y avoir des limitations tenant à la personne du tiers défendeur et à l'état de choses existant.

1. Japiot, ouvrage cité, p. 166.

II. — Mais, dit-on, le tiers défendeur sera subrogé légalement au demandeur. Cette question ne se pose même plus dans notre théorie, et, même si elle se posait, l'effet de cette subrogation serait paralysé par la fraude (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

III. — Du fait que la nullité a pour but de préserver contre les conséquences d'un acte les intérêts que la règle violée était destinée à protéger, il s'ensuit naturellement que si le tiers défendeur paie le créancier, celui-ci a toute la protection que lui accorde la loi et n'a plus de raison pour intenter son action.

Quant aux autres objections formulées par les auteurs partisans de l'action en indemnité, nous avons montré plus haut (1) qu'on les expliquait par le but répressif de l'action paulienne.

De plus, en admettant avec nous que l'action paulienne est une action en nullité, on explique plus facilement le fait de la préférence du créancier demandeur sur les créanciers du tiers défendeur.

Puisque l'acte lui est inopposable, il ne saurait être lésé par les conséquences de cet acte, et par suite la chose sera soustraite au droit de gage des créanciers du défendeur, mais seulement dans la mesure du préjudice causé au demandeur.

1. V. *supra*, p. 11.

C'est d'ailleurs la force de ce dernier argument qui a amené M. Planiol (qui, ainsi que nous l'avons dit, avait autrefois rigoureusement défendu l'idée d'action en indemnité) à reconnaître en elle une action en nullité, et, même, nous semble-t-il, dans le sens que nous avons reconnu au mot nullité (1).

Du reste nous trouverons plus bas un nouvel argument à l'appui de notre opinion dans la comparaison de l'action paulienne avec les nullités des faillites.

De plus, dans le droit comparé, nous verrons qu'en Allemagne, les textes visant les actes faits en fraude des droits des créanciers, s'ils n'emploient pas le mot nullité, *nichtigkeit*, qu'ils réservent pour les nullités absolues se servent de l'expression *anfechtbarkeit*, c'est-à-dire attaquabilité ; les actes contestés sont *unwirksam*, non valables vis-à-vis des créanciers, inopposables aux créanciers.

Il est donc possible, étant donné les caractères reconnus à l'action paulienne dans la coutume moderne en droit français actuel, de voir en cette action une action en nullité.

II. — *L'action paulienne est-elle une action collective ?*

L'action paulienne doit, avons-nous dit, pour réaliser pleinement son but de protection, être soumise

1. Planiol, *Manuel cité*, t. II, § 327, note 1, 4^e édition.

à la procédure collective. Or, dans l'état actuel de notre droit civil, la procédure collective n'est pas plus admise pour l'action paulienne que pour les autres actions, chaque créancier lésé peut l'intenter séparément des autres et il est seul à en profiter s'il triomphe : c'est le système de la procédure individuelle.

Cette manière de procéder a, nous l'avons vu, de nombreux inconvénients.

Tout d'abord il n'y a aucune publicité spéciale et le créancier le mieux renseigné ou le plus âpre au gain est seul à en profiter, ainsi que nous venons de le dire, si les autres créanciers ne se joignent pas à lui au cours de l'instance (1).

La majorité des auteurs et de la jurisprudence sont en ce sens : « Les créanciers qui n'ont pas été parties à ce jugement, dit un arrêt visant l'action paulienne (2), ne peuvent s'en prévaloir pour saisir les biens qui sont rentrés dans le patrimoine du débiteur par l'effet de cette révocation. »

Certains auteurs (3) admettent au contraire que le

1. En ce sens : Demolombe, *Traité des contrats*, II, 263. — Aubry et Rau, *Traité de droit civil*, t. IV, § 313-3°. — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, n° 150. — Planiol, ouvrage cité, t. II.

2. Arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 juillet 1890. *Dalloz périodique*, 92. 2. 440.

3. Larombière, Colmet de Santerre, Laurent.

jugement doit profiter à tous, même au regard du tiers, mais leur opinion n'a pas prévalu.

Sans doute on arriverait ainsi à une répartition plus équitable, mais on se heurte ici aux principes de l'autorité de la chose jugée (*res inter alio acta aliis neque nocet neque prodest*) ; or, le jugement a déclaré l'inopposabilité de l'acte seulement vis-à-vis du créancier agissant, et il n'y a aucun motif juridique de s'écarter, à ce point de vue, des règles ordinaires de l'autorité de la chose jugée.

De plus, si l'on admettait cette façon de voir on serait conduit à reconnaître que le défendeur ne peut faire tomber le jugement, ou arrêter la poursuite en désintéressant le créancier poursuivant, ce qui est pourtant constamment admis.

Nous ne saurions donc partager cette façon de voir.

Dans l'état actuel du droit l'action paulienne ne profite qu'à celui qui l'intente.

Si donc les créanciers n'apprennent la poursuite qu'après le prononcé du jugement, le seul moyen pour eux de sauvegarder leur intérêt est d'intenter à leur tour l'action paulienne, ce qu'ils peuvent faire avec succès tant qu'il reste encore un reliquat de la chose entre les mains du tiers défendeur, ou que le prix des biens aliénés n'a pas été distribué ou définitivement attribué au créancier demandeur (1).

1. Aubry et Rau, *Traité de droit civil*, t. IV, § 313-3°.

Mais en agissant de cette façon, les créanciers risquent fort de n'être pas payés ou de ne l'être qu'incomplètement, car en introduisant de nouveau l'action paulienne ils ont exposé de nouveaux frais ; or, il ne faut pas l'oublier, cette action est subsidiaire et ne peut s'exercer qu'en cas d'insolvabilité du débiteur. Toute augmentation de frais correspondra donc ici à une diminution dans la quotité des paiements.

Si l'on pouvait employer une procédure collective précédée d'une publicité sévère, ces inconvénients seraient, sinon supprimés complètement, du moins fortement atténués.

On peut toutefois objecter, et l'argument n'est pas sans avoir quelque importance, que la procédure de concours est plus lente et plus coûteuse que la procédure individuelle, ce qui réduirait aussi la quotité des créanciers.

Du reste, les principes de la déconfiture qui dominent la procédure de l'action paulienne en droit civil n'admettent, comme nous l'avons dit, que l'action individuelle ; ici chaque intéressé veille seul à ses propres intérêts (*jura vigilantibus subveniunt*) et le paiement y est le prix de la course. La voie collective ne saurait donc y être employée.

Le moyen radical de protéger tous les créanciers en droit civil serait une réforme législative de la

déconfiture, la rapprochant de la faillite du moins sur ce point.

Mais une telle réforme est-elle souhaitable ? N'y aurait-il pas une autre solution ? C'est ce que nous rechercherons après avoir étudié la procédure de l'action paulienne en droit commercial, et avoir comparé notre droit avec la législation allemande, qui a étendu la procédure de concours aux non-commerçants.

CHAPITRE III

DROIT COMMERCIAL

§ I. — APPLICATION DE L'ACTION PAULIENNE

En matière civile les parties se connaissent ordinairement depuis un temps plus ou moins long, le nombre des créanciers est limité et le plus souvent ceux-ci résident dans des lieux rapprochés, ils connaissent le débiteur et peuvent, s'ils n'ont pas confiance en sa solvabilité, exiger de lui des cautions ou des sûretés.

Il n'en va pas de même en matière commerciale. Les opérations faites par le commerçant sont nombreuses et variées et s'étendent souvent fort loin de l'endroit où il a établi son commerce ; de plus, la nature de ces opérations, la rapidité qu'elles exigent et le crédit nécessaire au développement du commerce ne permettent pas aux créanciers de demander des garanties matérielles.

D'un autre côté, le commerçant qui fait de mau-

vaies affaires, même s'il ne cherche pas à distraire une partie de l'actif ou à avantager certains de ses créanciers, est toujours tenté, lorsqu'il se sent sombrer, de se livrer à des opérations désespérées. Or, ces opérations ne font le plus souvent qu'aggraver sa situation et léser plus profondément ses créanciers. Il convenait donc non seulement de réprimer la fraude, mais encore d'éviter les conséquences d'actes aussi désastreux.

C'est ce qu'a fait le Code de commerce.

Il a empêché par le dessaisissement le failli d'augmenter son insolvabilité et il a créé la procédure collective pour égaliser la situation des créanciers chirographaires.

De plus, pour les actes antérieurs au jugement de déclaration de faillite, il a créé la période suspecte et réglementé de façon complète les nullités des faillites dans les articles 446 et suivants :

1° A compter du jugement déclaratif de faillite, toute aliénation, tout acte d'administration du failli est nul de droit par suite du dessaisissement (art. 443). Cet effet ne sera jamais produit par la déconfiture même constatée dans un jugement ;

2° Les actes accomplis pendant la période suspecte peuvent être annulés sous des conditions moins difficiles à remplir que celles exigées par l'action paulienne.

Cette seconde catégorie de nullités ne fait guère,

ainsi que nous le verrons plus bas, « qu'appliquer au droit commercial et aux actes du failli les principes de l'action paulienne en en modifiant légèrement les conditions, mais non pas les effets » (1).

Mais cette réglementation n'exclut pas l'action paulienne qui est de droit commun.

On peut objecter que l'insolvabilité est le fondement de cette action, et que la cessation de paiements et la période suspecte pour lesquelles on aura les facilités du droit commercial remonteront à l'époque de l'insolvabilité. Sans doute, il en sera quelquefois ainsi, mais la plupart du temps la cessation de paiement ne sera que la manifestation d'une insolvabilité déjà existante qui rendra applicable l'action paulienne.

Ainsi, pour les actes antérieurs à la période suspecte auxquels ne s'applique pas la législation des faillites, l'action paulienne sera même « la seule voie de nullité ». Aussi, comme le constate M. Perceroux (2), « est-ce le plus souvent en matière de faillite contre des actes de ce genre qu'elle est dirigée. »

1. Haute-Cour des Pays-Bas. Hollande, 24 mars 1884. *Dallôz périodique*, 1885, 4. 9, note de Esmein.

2. Perceroux, *La Faillite, banqueroutes et liquidations judiciaires*, n° 743. — Jurisprudence. Cour de Lyon, 15 décembre 1881. *Journal des faillites*, 1883, p. 91. — Cour de Bordeaux, 14 avril 1886. *Journal des faillites*, 1887, p. 34. — Cour de Paris, 6^e Chambre, 31 mai 1904. *Journal des faillites*, 1904, p. 313.

Mais, même pour des actes postérieurs au début de la période suspecte, il est possible d'intenter l'action paulienne. On en voit moins facilement l'utilité, puisque ces actes tombent aussi sous les articles 446 et suivants du Code de commerce, dont les conditions d'application sont plus faciles ; au lieu d'avoir à prouver la fraude, le demandeur n'a qu'à faire une preuve de date. Il arrive toutefois que le syndic préfère l'action paulienne, ou emploie simultanément les deux moyens (1).

Mais, comme le remarque M. Perceroux (2), d'après la jurisprudence c'est surtout pour les créanciers pris individuellement, que l'action paulienne présente dans ce cas une utilité particulière. Certains arrêts reconnaissent, en effet, ainsi que nous le verrons plus bas, que même pendant la faillite cette action peut être intentée individuellement par les créanciers comme dans le droit civil.

Quoi qu'il en soit, nous constatons que l'emploi de l'action paulienne est fréquent en droit commercial.

1. Cassation, 13 novembre 1867. D. 1868. I. 212. Il est vrai que pour cet arrêt une note anonyme fait remarquer que l'action était individuelle et intentée par un créancier en son nom personnel. Douai, 7 août 1871. D. 1878. 5. 232. — Cour de Besançon, 30 juin 1891. *Journal des faillites*, 1891, p. 321. — Bordeaux, 21 juin 1900. *Journal des faillites*, 1902, p. 352.

2. Perceroux, ouvrage cité, n° 743.

§ 2. — RÉALISATION

Il est évident que le but de l'action paulienne ne saurait changer par suite de son application au droit commercial. La réalisation de ce but, au contraire, peut être modifiée par la procédure de la faillite.

Lui reconnaît-on ici la nature d'action en nullité et le caractère d'action collective que nous avons préconisés au début de cette étude ?

Au sujet de sa NATURE, les auteurs s'accordent à reconnaître qu'elle ne change pas en passant du droit civil au droit commercial. Elle demeure en principe soumise à ces règles habituelles, on peut donc la regarder de la même façon qu'en droit civil, comme une action en nullité, et même nous trouverons plus loin un nouvel argument à notre théorie en comparant l'action paulienne et les nullités des faillites.

Quant à son caractère d'ACTION COLLECTIVE, en ce sens du moins que le profit de sa réussite n'est pas réservé à celui qui l'a exercée et à ceux qui sont intervenus au cours de l'instance, mais devra être versé à la masse, il lui est reconnu par la grande majorité des auteurs et de la jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux (1), visant une

1. Bordeaux, 2 juillet 1890. D. 1892. 2.440.

S. Mangematin

donation attaquée par l'action paulienne lors de l'ouverture de faillite du donateur, se prononce toutefois en sens contraire : « Le jugement qui révoque un acte fait par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers ne profite qu'aux créanciers qui ont obtenu ce jugement, et les créanciers qui n'ont pas été parties à ce jugement ne peuvent s'en prévaloir pour saisir les biens qui sont rentrés dans le patrimoine du débiteur par l'effet de cette révocation. »

Parmi les auteurs, et sur cette question, savoir si le bénéfice de l'action paulienne appartient en droit commercial à tous les créanciers ou seulement aux créanciers antérieurs à l'acte attaqué, M. Lyon-Caen, après avoir constaté (1) que, « en l'absence de tout droit de préférence établi expressément par un texte de loi, il ne paraissait pas conforme aux principes de réserver le bénéfice de l'action paulienne aux créanciers antérieurs », déclare plus loin (2) que « cette action appartient individuellement aux créanciers, sauf au syndic à réclamer au profit de la masse des créanciers le bénéfice produit par la réussite du demandeur ».

Ainsi, pour M. Lyon-Caen, en principe, l'action ne

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 312.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 420.

profite qu'au créancier demandeur, mais le syndic peut en revendiquer le profit.

1^o *Exercice individuel de l'action au cours de la faillite.* — Mais si le profit collectif de l'action paulienne est à peu près unanimement admis en jurisprudence et en doctrine, il n'en est pas de même au sujet de l'exercice de l'action au cours de la faillite.

Pour les uns, le droit d'intenter cette action pendant la faillite contre les actes antérieurs ou postérieurs à la cessation de paiement est réservé au syndic ; pour les autres, au contraire, chaque créancier peut l'exercer individuellement comme en droit civil.

La jurisprudence semble, ainsi que nous l'avons dit plus haut, accorder en général l'action aux créanciers (1). Il est à remarquer, toutefois, que pas plus que les auteurs elle n'en enlève l'exercice au syndic. Certains arrêts semblent même conseiller de mettre le syndic en cause. « Un créancier peut agir individuellement au cours de la faillite, *surtout s'il met le syndic en cause* (2). » — « La suspension des poursuites individuelles résultant du jugement déclaratif de faillite, déclare l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 juin 1900, ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier poursuive, contre la faillite, *en mettant le syndic en cause*, les actes faits en fraude de ses droits par le

1. Lyon-Caen et Renault, *ibid.*, n° 420.

2. Douai, 7 août 1874. D. 1877. 5. 232.

failli et qui lui ont causé un préjudice personnel (1). »

La jurisprudence reconnaît donc en général que les créanciers peuvent exercer l'action individuelle au cours de la faillite, tandis qu'elle admet constamment, avec l'unanimité des auteurs, que les actions des articles 446 et suivants du Code de commerce ne sauraient être intentées que par le syndic.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence, comme les auteurs partisans de l'exercice individuel de l'action paulienne par les créanciers au cours de la faillite, reconnaît que le syndic a aussi qualité pour attaquer les actes frauduleux accomplis par le débiteur depuis déclaré en faillite, même avant l'époque de la cessation de paiements.

« Le syndic, dit un arrêt de la Cour de Bordeaux (2), a qualité pour exercer l'action paulienne contre un acte frauduleux du failli intervenu avant la période suspecte, si dans la masse il existe des créanciers à l'acte attaqué. »

« On ne saurait lui opposer qu'il est sans qualité pour exercer l'action en dommages-intérêts par le motif que tous les créanciers n'y ont pas droit, et que

1. Cour de Bordeaux, 21 juin 1900. *Journal des faillites*, 1902, p. 440.

2. Cour de Bordeaux, 14 avril 1886. *Journal des faillites*, 1887, p. 34.

ceux-là seuls peuvent les réclamer qui ont traité avec le failli avant la faute commise (1). »

Le syndic peut donc introduire l'action paulienne pour cette raison que les articles 446 et suivants du Code de commerce ne sont pas limitatifs.

Parmi les auteurs, MM. Alauzet (2), Garraud (3), Lyon-Caen et Renault (4) reconnaissent aux créanciers le droit d'exercer l'action paulienne même au cours de la faillite.

Ils semblent tout d'abord se baser sur cette idée que l'action paulienne garde, en passant du droit civil au droit commercial, ses principaux caractères : la preuve à fournir est la même, il faut démontrer de la même façon la fraude du débiteur et la complicité du tiers, on fait la même distinction entre les actes à titre onéreux et ceux à titre gratuit, et l'acquéreur à titre gratuit de bonne foi n'est toujours tenu que de son enrichissement. Il faut aussi prouver que l'acte a causé ou aggravé l'insolvabilité du failli et par suite porté préjudice aux créanciers.

Il n'y a donc pas de raisons, d'après ces auteurs, pour que l'exercice de l'action paulienne change et, d'individuel qu'il était, devienne collectif.

1. Cour de Paris (2^e Chambre), 21 novembre 1881. *Journal des faillites*, 1882, p. 93.

2. Alauzet, *Traité de droit commercial*, n° 2533.

3. Garraud, *De la Déconfiture*, p. 200.

4. Lyon-Caen et Renault, ouvrage cité, n° 420.

De plus il n'y a pas d'incapacité sans texte formel ; or, aucun texte exprès n'interdit l'exercice de cette action aux créanciers, rien ne les rend donc incapables de l'intenter.

Enfin, si les partisans de la procédure de concours leur objectent que l'action individuelle jette le trouble dans l'administration du syndic, ils répondent « qu'il y a lieu de tenir compte de ce que l'action paulienne n'appartient pas à tous les créanciers, mais seulement à ceux dont les créances sont antérieures à l'acte argué de fraude » (1).

Si donc le syndic s'abstient de l'intenter au compte de la masse, chaque créancier peut le faire à ses risques et périls, sauf s'il gagne son procès, le droit pour le syndic d'en revendiquer le bénéfice.

Et même certains auteurs semblent hésiter à accorder le bénéfice de l'action paulienne aux créanciers de la faillite. « Il est douteux, dit M. Lyon-Caen (sans noter de différence entre le droit civil et le droit commercial), que les créanciers postérieurs puissent exercer l'action paulienne ou profiter de l'action exercée par les créanciers antérieurs, tandis qu'assurément tous les créanciers formant la masse profitent tous, quelles que soient les dates diverses de leurs créances par rapport aux actes attaqués, aussi

1. Lyon-Caen et Renault, ouvrage cité, t. VII, n° 227 bis.

bien des nullités des articles de 447 que de celles des articles de 446 (1). »

2° *Procédure collective*. — Telle est la théorie des partisans de la procédure individuelle et les arguments qu'ils font valoir à son appui. Voyons ce que leur répondent les partisans de la procédure de concours.

Ceux-ci, MM. Thaller (2), Baudry-Lacantinerie (3), Perceroux (4) admettent que, au cas de faillite du débiteur, l'action paulienne peut être exercée, s'il y a lieu, par le syndic au nom de la masse, et que chaque créancier n'a plus alors le droit individuel d'agir.

Pendant toute la durée de la faillite, c'est le syndic seul qui en a l'exercice, qu'il s'agisse d'actes postérieurs à la cessation de paiements ou d'actes antérieurs à la période suspecte et même si le syndic s'abstient, les créanciers ne pourront pas l'exercer avant la clôture de la faillite.

Le jugement déclaratif suspend toutes poursuites individuelles des créanciers, non seulement celles qu'ils voudraient intenter après le jugement, mais même celles qui auraient été introduites auparavant et seraient en instance à l'ouverture de la faillite.

S'il en était autrement, si ces créanciers pouvaient

1. Lyon-Caen et Renault, ouvrage cité, t. VII, n° 397.

2. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1702.

3. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, n° 146.

4. Perceroux, ouvrage cité, n° 743 et s.

se faire payer au cours de la faillite, il s'ensuivrait des complications qui obscurciraient et trouble-raient l'administration du syndic.

« Toutes les voies d'exécution dont il appartient à l'initiative de chacun de faire usage avant le juge-ment déclaratif, dit M. Thaller (1), sont suspendues et demeurent enchaînées par le fait de la faillite. L'action paulienne est un procédé de rentrée par voie de con-trainte comparable à une saisie quelconque et doit suivre le sort commun. »

Sans doute, en passant du droit civil au droit com-mercial, l'action paulienne ne change pas de nature et les preuves à fournir sont toujours les mêmes, mais il ne s'ensuit pas pour cela que sa procédure ne doive être nullement influencée par les règles géné-rales de la faillite. Elle doit, au contraire, être dominée par celles-ci, comme elle l'est en droit civil par les règles de la déconfiture.

Du reste, la majorité des auteurs et de la jurispru-dence partisans de l'action individuelle, reconnaît une modification aux effets de l'action paulienne en admettant que le profit de la réussite de cette action tombe dans la masse ou peut être réclamé par elle.

Si les règles du bénéfice de l'action paulienne ont pu être modifiées sur ce point par la faillite, pour

1. Thaller, *Revue critique de législation et de juris-prudence*, 1887, p. 222.

quelles raisons le pouvoir de l'exercer ne serait-il pas aussi modifié ?

Dans la faillite, en effet, les créanciers, au lieu d'être indépendants et libres d'agir comme auparavant, se trouvent en quelque sorte réunis en syndicat et mis dans l'impossibilité d'agir chacun à part des autres.

Mais, dit-on, c'est plutôt aux créanciers à agir individuellement, le syndic est le représentant de la masse entière des créanciers, et comme tel ne saurait avoir qualité pour exercer une action à laquelle une partie de ceux-ci serait sans droit.

On ne saurait tirer argument de ce fait, car il est de principe dans la faillite qu'un droit acquis à un créancier chirographaire profite à tous les autres.

« Le syndic, dit M. Thaller (1), est l'organe de la collectivité, et si la cause de révocation existe pour un groupe de créanciers il faut, à moins de violer la charte fondamentale de la faillite, en étendre le bénéfice à tous. »

Et même, comme le remarque M. Perceroux (2), logiquement pour les partisans de l'exercice individuel de l'action, elle devrait être refusée au syndic qui ne représente pas les créanciers en tant qu'ils conservent des droits individuels, mais en tant qu'ils forment une masse. Or, l'action, de l'avis des parti-

1. Thaller, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, précitée.

2. Perceroux, ouvrage cité, n° 745.

sans de cette théorie, peut être exercée à la fois par les créanciers et par le syndic. On arrive ainsi à cette conséquence que le même acte pourra être attaqué en même temps d'un côté par le syndic en vertu de l'article 447, de l'autre par l'un des créanciers agissant individuellement au moyen de l'article 1167, puisque d'après certains arrêts de jurisprudence, l'action en nullité des articles 446 et suivants du Code de commerce n'est point identique à l'action paulienne, et que « la coïncidence de l'exercice de cette action par le syndic et de l'action paulienne par un créancier ne donne pas nécessairement lieu à litispendance » (1).

De plus, comment se fait-il, ainsi que le constate M. Perceroux (2), que même chez les partisans de l'exercice individuel de l'action, on paraît réserver au syndic seul le droit de tierce-opposition contre le débiteur avant la faillite. La tierce-opposition n'est cependant pas autre chose, dans ce cas, que l'action paulienne appliquée à ces jugements. La théorie de la procédure de concours évite une semblable contradiction.

Enfin, si les partisans de la procédure individuelle nous font cette objection que nul texte précis n'interdit l'exercice de l'action paulienne dans

1. Cour de Bordeaux, 21 juin 1900, précité.

2. Perceroux, ouvrage cité, n° 753, note.

la faillite et tirent argument du principe qu'il n'y a point d'incapacité sans texte, on peut leur répondre ainsi :

1° Il y a, au moins en fait, ainsi que nous le verrons plus loin, fort peu de différence entre l'action paulienne et les actions visées par les articles 446 et suivants du Code de commerce, action dont l'exercice est réservé au syndic ;

2° Le créancier qui intenterait l'action paulienne lorsque le syndic a jugé bon de ne pas le faire, jetterait le même trouble dans l'administration de la faillite par le syndic que s'il exerçait les actions visées par les articles 446 et suivants, et cela alors même qu'il le ferait à ses risques et périls.

Les partisans de la procédure de concours reconnaissent toutefois que, la faillite étant la cause de l'incapacité des créanciers, celle-ci est limitée à la durée de la faillite. Par suite, les instances interrompues par la déclaration de faillite et négligées par le syndic pourront être reprises après la clôture de la faillite.

§ 4. — COMPARAISON DE L'ARTICLE 1167 DU CODE CIVIL ET DE L'ARTICLE 447 DU CODE DE COMMERCE

D'après M. Lyon-Caen (1), voici quelles sont les principales différences qui les caractérisent :

a) La fraude du débiteur, c'est-à-dire la connaissance

1. Lyon-Caen et Renault, ouvrage cité, t. VII, n° 397.

de sa situation, n'est pas exigée par l'article 447, tandis que pour pouvoir exercer l'article 1167 il faut que le débiteur ait connu son insolvabilité ;

b) La fraude des tiers ne consiste pas dans l'article 447 dans la connaissance d'insolvabilité comme pour l'article 1167, mais dans celle de sa cessation de paiements ;

c) Les paiements réguliers de dettes échues, qui ne sauraient être attaqués par l'action paulienne, peuvent l'être en vertu de l'article 447 ;

d) Enfin, il est douteux que les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux puissent exercer l'action paulienne ou profiter de l'action exercée par les créanciers antérieurs, tandis qu'assurément les créanciers formant la masse profitent tous, quelles que soient les dates diverses de leurs créances par rapport aux actes attaqués, aussi bien des nullités de l'article 447 que de celles de l'article 446.

Examinons-les séparément :

a) La fraude du débiteur, dit-on, n'est pas nécessaire, et le syndic n'est pas tenu d'établir que celui-ci a eu connaissance de sa situation.

Sans doute, il y a ici une aggravation de répression contre le débiteur, mais s'il n'avait pas été négligent, il aurait dû connaître sa situation, et savoir qu'il était alors insolvable, et si, dans ces conditions, il a conclu un acte préjudiciable à ses créanciers, il a commis sinon une fraude nettement caractérisée, du moins une grave imprudence.

Cette prescription légale n'est donc qu'une facilité d'application plus grande de l'action paulienne dans la faillite ; le syndic aura seulement à établir que l'acte s'est passé dans la période suspecte pour le faire tomber ;

b) La fraude du tiers défendeur consiste dans la connaissance de la cessation de paiements.

Mais le créancier qui, ayant connaissance de l'état du débiteur, consent à traiter pour profiter de la situation, se rend complice de celui qui va être déclaré en faillite. Il cherche, en effet, à rompre à son profit l'égalité qui doit régner dans la masse des créanciers chirographaires.

Il n'y a guère là, comme dans le cas précédent, qu'une différence de degré entre les deux actions, et non une différence de nature.

c) En visant le paiement des dettes échues, l'article 447 ne fait par là qu'adjoindre un complément à l'action paulienne, complément nécessaire pour maintenir l'égalité réclamée par la faillite ;

d) Et quant à l'argument du profit individuel dans l'article 1167, collectif dans l'article 447, nous n'y voyons qu'une différence d'application de la faillite et de la déconfiture, et même dans notre théorie il ne saurait nous être opposé, puisque nous avons reconnu que l'action paulienne elle-même devenait collective dans la faillite, dans son profit comme dans son exercice.

On ne manquera pas de nous objecter qu'il ne saurait s'agir ici d'influence de la faillite sur les actes visés par l'article 477, puisque ce sont des actes passés avant le jugement déclaratif.

Sans doute, ils sont antérieurs au jugement déclaratif de faillite, mais ils sont postérieurs à la période suspecte et par conséquent passés en état de faillite, et la loi permet de les annuler, comme pouvant entraver l'égalité de concours et préjudicier à la masse, en reportant fictivement pour ces actes le début de la faillite jusqu'au commencement de la période suspecte.

Cette hypothèse est confirmée par l'histoire de la législation des faillites.

En effet, le Code de commerce de 1807 faisait résulter le dessaisissement de l'état de faillite ; or, l'état de faillite remonte au moment de la cessation de paiements. C'est donc à cette date que devait aussi remonter le dessaisissement, et tous les actes entrepris depuis par le débiteur devaient être annulés.

La règle posée par le Code sembla beaucoup trop rigoureuse pour les tribunaux, et la jurisprudence appliqua les règles de l'action paulienne à ces actes, et si elle annulait les actes à titre gratuit, elle se refusait dans bien des cas à annuler les actes à titre onéreux consentis par le failli.

Elle exigeait, pour prononcer la nullité, les mêmes conditions que celles exigées par l'action paulienne

et voulait que l'on prouve la mauvaise foi du tiers.

Elle admettait donc l'annulation seulement lorsqu'il s'agissait d'actes préjudiciables à l'égalité des créanciers et à la masse.

Cette jurisprudence était évidemment contraire au texte du Code ; la loi de 1838 est venue se mettre d'accord avec elle et ne fit dater le dessaisissement que du jugement déclaratif, mais à cause de l'état de faillite de la période suspecte, elle facilita et étendit pour cette époque les conditions d'application de l'action paulienne.

La faillite a donc bien pu modifier les conditions d'application paulienne et en faire l'article 447, car, ainsi qu'on a pu le dire, « si pendant la période suspecte le failli n'est pas dessaisi, il n'est cependant plus *integri status* (1).

« On peut considérer ces nullités, dit M. Bravard, parlant des articles 446 et suivants, comme tenant à une sorte de rétroactivité donnée au dessaisissement, lequel à l'égard de certains actes remonterait jusqu'au jour de la cessation de paiements et même jusqu'aux dix jours précédents (2). »

Nous voyons donc dans l'article 447 et dans l'article 1167 le même but : protection des créanciers contre les actes du débiteur faits en fraude de leur

1. Bédarride, *Traité des faillites*, p. 116.

2. Bravard et Demangeat, *Droit commercial*, t. V, p. 216³

droit ; mais comme dans la faillite les risques sont plus grands, la protection est plus étendue.

La loi y exige de la même façon le préjudice : « Ce n'est qu'autant qu'il y aura préjudice pour les créanciers que les juges devront annuler (1). »

La fraude du débiteur et la complicité du tiers sont aussi exigées, mais dans un degré bien moindre, par suite des principes d'égalité et de report du dessaisissement qui étendent et facilitent l'application de l'action.

Sans doute, comme le fait remarquer M. Thaller (2), « la théorie du dessaisissement ne se confond pas avec celle de l'action paulienne, encore qu'elle la côtoie », mais si les articles 446 et suivants et 1167 diffèrent par leur origine, ils poursuivent le même but et ils ne sont point identiques, simplement parce que l'un est dirigé par les principes de la déconfiture, tandis que les autres sont dominés par les règles de la faillite.

M. Thaller semble bien, du reste, être de cet avis lorsqu'il écrit : « Les nullités des faillites représentent en théorie une seconde assise de l'action paulienne qui permet la révocation des actes des créanciers,

1. Séance de la Chambre du 30 mars 1898. *Journ. off.*, 1^{er} avril 1838.

2. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e éd., n° 1702.

quel que soit le mode de liquidation employé pour les biens (1). »

MM. Perceroux (2) et Esmein (3) partagent aussi cette opinion, ce dernier ne dit-il pas : « L'article 447 ne fait qu'appliquer au droit commercial ou aux actes du failli les principes de l'action paulienne en en modifiant légèrement les conditions, mais non pas les effets.

Du reste, en jurisprudence, certains arrêts ont reconnu le peu de différence des deux demandes en admettant que le syndic qui, en première instance, a demandé l'annulation d'actes entachés de fraude par application de l'article 1167 et qui a vu son action repoussée, est recevable à se prévaloir en appel des articles 446 et 447 du Code de commerce, la Cour pouvant, en vertu de sa plénitude de juridiction, appliquer *indistinctement* soit l'article 1167, soit les articles 446 et 447 qui sont les uns et les autres corrélatifs de l'idée de fraude (4).

De cette comparaison nous pouvons donc tirer cette conclusion qu'il n'y a aucune raison de permettre à un créancier d'exercer l'action paulienne au cours de la faillite, alors qu'on lui refuse d'exer-

1. Thaller, *Des Faillites en droit comparé*, p. 118.

2. Perceroux, ouvrage cité, n° 745.

3 Esmein, note sous arrêt de la Haute-Cour des Pays-Bas, précité. S. 85. 4. 9.

4. Cour de Besançon, 30 juin 1891, arrêt précité.

S. Mangematin

cer l'action des articles 446 et suivants, car elle apporterait le même trouble à l'administration du syndic.

Dans le droit commercial actuel, l'action paulienne réalise donc le double but que nous lui avons reconnu en étant une action en nullité, poursuivie par un organe collectif, le syndic, dans un but collectif.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ACTION PAULIENNE EN DROIT ALLEMAND

CHAPITRE PREMIER

APERÇU GÉNÉRAL DE LA LÉGISLATION ALLEMANDE SUR L'ACTION PAULIENNE

Avant 1877, le droit allemand sur la faillite de même que sur les actions en révocation des actes frauduleux était loin d'être uniforme. Alors que certains États appliquaient un droit romain plus ou moins modifié par des traditions germaniques, d'autres se rattachaient à notre législation française. Les deux lois les plus importantes en vigueur dans l'Allemagne du Nord étaient le Code hanovrien et une loi prussienne de 1855.

Le Code des faillites fut préparé en 1870 et soumis en 1874 à une commission de jurisconsultes qui

l'examina. Il fut porté l'année suivante devant le Parlement et promulgué le 10 février 1877 à la suite des lois de justice, *Justice gesetze*, avec lesquelles il entra en vigueur en 1879.

La loi de 1877 a été modifiée par une loi du 17 mai 1898 qui régit actuellement les faillites en droit allemand. Du reste, cette loi a conservé en substance la loi du 10 février 1877. Le plan en est le même. Elle est divisée en trois livres, le premier concerne le droit de la faillite ; le second la procédure des faillites et le troisième contient des dispositions pénales.

Toutefois des 214 paragraphes de la première loi, 4 ont été supprimés, 50 modifiés et 34 nouveaux ont été ajoutés.

Le trait caractéristique de cette loi est qu'elle s'applique aussi bien aux non-commerçants qu'aux commerçants, tandis que notre réglementation des faillites incorporée au Code de commerce ne vise que les commerçants et les actes de commerce.

Aussi on traduirait plus exactement le titre de la loi : *Konkursordnung* par loi de concours, expression qui n'éveillerait pas l'idée de portée exclusivement commerciale. Toutefois nous emploierons le plus souvent le terme : faillite, parce qu'il nous semble plus clair et nous permettra de parler du failli sans avoir recours à des périphrases.

En dehors de la *Konkursordnung* une loi du 21 juillet 1879 mise en vigueur en même temps que les lois

de justice, règle les cas d'annulation d'actes frauduleux du débiteur en dehors de la procédure de concours.

Elle fut modifiée le 17 mai 1898 par l'article 7 de l'introduction à la loi sur les modifications de la procédure de concours.

§ 1. — NULLITÉS DANS LA KONCURS ORDNUNG

C'est au titre III du paragraphe 29 au paragraphe 42 que cette loi vise les nullités ou plus exactement les attaquabilités, *anfechtbarkeit*.

Le paragraphe 29 est en quelque sorte une introduction sur le droit de contestation en général.

Le paragraphe 30 règle les cas qui résultent du but même de la procédure de concours et ne se retrouveront pas dans la procédure individuelle.

Les paragraphes 31 et 32 énumèrent les cas ordinaires de contestation qui se reproduiront quel que soit le mode de liquidation employé.

Le paragraphe 33 restreint le droit d'agir en nullité et ne permet pas d'attaquer sous prétexte de connaissance de la cessation de paiement les opérations effectuées plus de six mois avant l'ouverture du concours.

Le paragraphe 34 restreint le droit de réclamer au

bénéficiaire d'une lettre de change la restitution des sommes payées par le failli.

D'après le paragraphe 35, l'annulation est redevable même aux cas dans lesquels l'opération est exécutoire, ou a été réalisée par voie d'exécution forcée ou de saisie. Dans ce cas il n'est même pas besoin d'intenter une opposition spéciale contre le titre exécutoire.

Le paragraphe 36 réserve au syndic l'exercice de ces actions.

Les paragraphes 37, 38 et 39 montrent les effets de la contestation et les droits du tiers défendeur ; le paragraphe 37 déclare que le bénéfice de la contestation doit revenir à la masse et que le tiers défendeur de bonne foi à titre gratuit n'en doit la restitution que jusqu'à concurrence de son enrichissement. La masse n'est tenue à une restitution, dit le paragraphe 38, qu'autant que l'objet s'y trouve ou qu'elle s'est enrichie de sa valeur, le surplus ne peut être réclamé que comme créance de la faillite. D'après le paragraphe 39 le tiers, qui après avoir reçu une prestation la restitue, voit revivre sa créance et peut produire à la faillite pour sa valeur.

Le paragraphe 40 règle les conditions d'exercice de l'action en nullité vis-à-vis des héritiers ou autres ayants cause.

Le paragraphe 41 fixe la prescription du droit d'exercer l'action en contestation à un an, à compter

de l'ouverture du concours, mais permet toutefois au syndic de refuser de payer même après ces délais lorsque l'opération attaquable a donné naissance à une obligation du failli.

Le paragraphe 42 montre l'action possible même contre les actes postérieurs à l'ouverture du concours en tant qu'ils seraient opposables aux créanciers du concours par suite de leur transcription au livre foncier.

§ 2. — LES NULLITÉS EN DEHORS DE LA PROCÉDURE DE CONCOURS

Elles sont visées, avons-nous dit par l'*Anfechtungsgesetz* du 17 mai 1898 réglementant la contestation, en dehors de la procédure de concours, d'opérations effectuées par le débiteur.

Elle se rapproche donc plus que la loi de concours de l'application ordinaire de l'action paulienne en France.

Toutefois au premier abord on ne voit pas bien quelles peuvent être les circonstances dans lesquelles on peut en trouver l'emploi puisque le *Konkursordnung* s'étend non seulement aux commerçants, mais aux non-commerçants.

Il est vrai que dans la procédure de concours les créances qui ne doivent pas venir au marc le franc

sont considérées comme ne faisant pas partie de la faillite (1).

Cette loi trouve son application, dit M. Hartmann (2), lorsque la procédure de concours n'est pas encore ouverte ou qu'elle est déjà achevée. Elle s'applique aussi aux actions en nullité visant le patrimoine propre du débiteur en dehors de la masse, si la masse ne comprend pas tous ses biens.

M. Thaller y voit de plus une autre cause (3). « Lorsque fut votée la *Konkursordnung*, dit-il, il n'existait pas encore un droit général de la paulienne ; en effet certains pays n'admettaient pas d'action en révocation en dehors du cas de faillite, d'autres, au contraire, appliquaient le droit romain plus ou moins modifié, d'autres enfin, suivaient la législation française ; on pouvait reprocher aux actions révocatoires de ne pas avoir dans le droit privé de racines assez profondes ; la loi du 21 juillet 1879 est venue corriger ce défaut. »

Nous pensons de plus que cette loi a eu en vue les cas d'insolvabilité concernant des patrimoines peu considérables ou un nombre restreint de créanciers, cas dans lesquels on a jugé inutile d'absorber le peu d'actif qui restait par les frais qu'aurait suscité

1. Exposé des motifs de la loi de 1877, art. 11.

2. Hartmann, *Anfechtungsgesetz*, 4^e édit., p. 60.

3. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, p. 118.

l'emploi d'une procédure collective toujours plus contenue et moins rapide que la procédure individuelle.

Cette loi contient quinze paragraphes ; on a, en 1898, ajouté le paragraphe 3^a à la loi de 1879, supprimé la fin du paragraphe 3, alinéa 4 et modifié les paragraphes 10, 11, 12 et 13.

Le législateur s'est donc borné, dans la plupart des paragraphes de cette loi, à transcrire en y modifiant à peine quelques mots, les dispositions édictées par la *Konkursordnung* (1).

1. Ainsi le paragraphe 3 de l'*A. Gesetz* reproduit à peu près les paragraphes 31 et 32 de la loi de concours ; le paragraphe 6 correspond au paragraphe 35 de cette loi, le paragraphe 7 au paragraphe 37 et le paragraphe 11 au paragraphe 40.

CHAPITRE II

BUT DE L'ACTION PAULIENNE EN DROIT ALLEMAND

CONDITIONS GÉNÉRALES D'EXERCICE

Le but de l'action paulienne en droit allemand est bien, comme en France et en droit romain, la protection des créanciers contre certains actes du débiteur qui ont détruit le patrimoine de garantie sur lequel porte leur droit de gage général, fait qui peut résulter, soit de l'amointrissement de l'actif, soit de l'augmentation du passif, et qui a causé l'insolvabilité du débiteur (1).

Elle a, comme en droit français, une portée générale et s'étend à toutes sortes d'actes. Nous voyons en effet, le paragraphe 29 de la *Konkurs ordnung* s'exprimer ainsi :

« Les actes juridiques (*Rechtshandlungen*) conclus

1. Seuffert, *Konkursprocessrecht Bindings Handbuch*, p. 117.

avant l'ouverture de la faillite pourront être attaqués comme inopposables aux créanciers de la faillite dans la mesure des dispositions ci-après. »

Or, on entend ici par : « acte juridique (*Rechtshandlung*), dit M. Wolff (1), tout acte capable d'effets juridiques que ce soit un acte positif ou une omission. »

D'après le projet de 1877, on ne pouvait attaquer que les actes positifs et non les omissions du failli, mais cette opinion n'eut aucun succès devant la commission. Il ne subsiste maintenant aucune controverse sur le point de savoir si les omissions du failli qui ont influencé son état de fortune sont attaquables, mais il faut que le tiers défendeur ait acquis quelque chose aux dépens du débiteur, ainsi l'omission d'un protêt de lettre de change voulue par les deux parties. Ce ne serait pas le cas si une industrie ou une demande de transaction avait été offerte au débiteur et refusée par lui.

D'après M. Karl Meyer (2) l'acte annulable est tout acte de volonté du débiteur, capable de léser les créanciers directement ou dans ses conséquences.

M. Seuffert va plus loin et n'exige même par la volonté du débiteur : « L'acte juridique, dit-il, doit avoir des effets juridiques d'après le droit objectif, et

1. Wolff, *Konkursordnung*, § 29, n. 3.

2. Karl Meyer, *Die Konkursordnung*, p. 60.

il doit les provoquer d'après l'intention de l'agissant ; il peut toutefois avoir été fait sans la volonté du débiteur ou contre cette volonté (1). »

Conditions d'exercice

Celui qui intente l'action paulienne doit comme en France remplir trois conditions : 1° il doit avoir une créance échue ; 2° il doit posséder un titre exécutoire ; 3° il doit démontrer qu'il éprouve un préjudice.

Cela est établi par l'article 2 de l'*Anfechtungsgesetz* ainsi conçu :

« Le droit d'action appartient à tout créancier en possession d'un titre exécutoire et d'une créance exigible lorsque l'exécution forcée contre le débiteur n'a pas amené sa complète satisfaction ou qu'il est présumable qu'elle aboutirait à ce résultat. »

Il doit posséder : 1° une créance exigible. — Cela est unanimement admis par les auteurs et la jurisprudence (2). La contestation, dit M. Hartmann, ne peut valablement se soutenir que si la demande est exigible par le créancier ; il ne suffirait pas d'une

1. Seuffert, ouvrage cité, p. 203.

2. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, I, 124. — Hartmann, ouvrage cité, p. 73. — Petersen et Kleinfeller, *Commentar zur Konkursordnung*, 3^e édition, p. 661.

créance à terme ou sous condition, puisque le créancier ne peut dans ces cas exiger le paiement.

S'il s'agit d'une créance exigible le tiers défendeur doit se contenter de la preuve que le créancier doit pouvoir fournir au débiteur.

Un point assez particulier au droit allemand consiste en ce qu'on ne demande pas en jurisprudence que la créance de celui qui agit soit antérieure à l'acte attaqué.

Il importe peu, d'après certains arrêts (1), que la créance de celui qui agit en contestation soit née antérieurement ou postérieurement à l'opération attaquée.

2° *Titre exécutoire*. — C'est ce titre exécutoire, dit l'exposé des motifs (2), qui légitime le demandeur en contestation vis-à-vis du tiers défendeur. Le défendeur n'a pas le droit d'exiger d'autre preuve de sa qualité de créancier.

Le demandeur doit régulièrement avoir obtenu son titre exécutoire avant d'intenter l'action. S'il ne l'obtenait qu'après, ce titre pourrait ne pas être pris en considération pour la plainte en question.

Toutefois si l'action paulienne est soulevée par voie d'exception, le créancier peut n'obtenir le titre

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XV, p. 63 et XXVI, p. 12.

2. Exposé des motifs de la loi, p. 13. — *Jurisprudence du tribunal d'empire*, VII, p. 188.

exécutoire qu'après l'introduction de l'instance, mais il est alors tenu de rapporter ce titre dans un délai fixé par le tribunal qui ajournera jusqu'à cette date le prononcé du jugement.

Ce cas est prévu par le paragraphe 5 de l'*Anfechtungs gesetz*.

Le titre exécutoire doit de plus pouvoir être exécuté et l'on n'admet à intenter l'action que les créanciers qui ont un titre tendant au paiement d'une somme d'argent (1).

Ce dernier point est contesté; certains auteurs admettent que l'action peut être basée sur un titre tendant à la prestation d'une chose *in genere* ou même d'une chose individuellement déterminée (2).

Contre le créancier le défendeur ne peut opposer les exceptions par lesquelles il aurait pu arrêter le débiteur, mais il peut lui opposer celles provenant de son droit propre en tant que défendeur.

Il peut, par exemple, opposer que l'obtention du titre exécutoire a été l'effet d'une collusion frauduleuse intervenue entre le créancier et le débiteur.

D'après le paragraphe 268 du Code civil le débi-

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XVIII, 145. — Von Wilmsowski, *Kommentär zur Konkursordnung*, 5^e édition, p. 566. — Willenbücher, *Kommentär zur K. ordnung*, 2^e édition, p. 325.

2. Hartmann, ouvrage cité, p. 73. — Cosack, *Lehrbuch des Handelsrecht*, 4^e édition, p. 12 et s.

teur a le droit de se libérer, puisque, disent certains auteurs, le droit de contestation n'est qu'un complément d'exécution forcée (1).

Si un créancier dont le titre n'est pas encore exécutoire a l'intention de contester une opération intervenue entre le débiteur et un tiers, il peut, en se conformant au paragraphe 4 de l'*Anfechtungsgesetz* retarder le point de départ des délais fixés par la loi pour intenter l'action.

Le paragraphe 4 est ainsi conçu :

« Le créancier qui n'a pas encore obtenu un titre exécutoire, ou dont la créance n'est pas exigible, peut signifier au co-contractant qui a traité dans un des cas prévus par les n^{os} 2, 3 et 4 de l'article 3, son intention d'attaquer l'acte ainsi passé, cette signification sera le point de départ des délais fixés par l'article 3, si toutefois le débiteur est dès ce moment insolvable et si la contestation a lieu dans les deux ans à compter de ce jour. »

Ainsi dans le cas prévu par ce paragraphe, le créancier pourrait opposer la contestation par voie d'exception en demandant un délai pour fournir son titre (2), mais il ne peut encore agir au principal

1. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 363. — Hartmann, ouvrage cité, p. 72.

2. Paragraphe 5 de l'*Anfechtungsgesetz* vu précédemment.

parce qu'il n'a pas de titre exécutoire ou que sa créance n'est pas exigible.

Or, il se peut que l'action en contestation ne puisse plus être intentée au moment où il aura obtenu son titre exécutoire, ou que les délais soient écoulés lorsque sa créance sera échue. Il pourra, grâce au paragraphe 4, attendre cette époque sans perdre son droit d'agir.

Il n'aura pour cela qu'à signifier au co-contratant son intention de contester l'opération intervenue entre celui-ci et le débiteur.

Il faut toutefois pour cela que, au moment de la signification, sa créance existe, mais ne soit ni exécutoire ni exigible.

Le débiteur doit être déjà insolvable, ou il faut du moins qu'il soit à présumer alors que l'exécution forcée n'aboutirait pas à un paiement complet. L'insolvabilité se confond ici avec l'impossibilité de se libérer (1).

Ce changement de délai profite au créancier et à ses ayants cause et est valable contre le tiers défendeur et ses ayants cause (2).

3° *Préjudice*. — Le créancier doit, relativement à la créance lui appartenant, démontrer le préjudice,

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XXXVI, p. 113 et de *Juristische Wochenschrift*, 1893, p. 50. — Hartmann, ouvrage cité, p. 167. — Wilmowski, ouvrage cité, p. 573.

2. Hartmann, *id.*, p. 168. — Wilmowski, *id.*, p. 573.

c'est-à-dire prouver clairement l'impossibilité ou l'insuffisance de l'exécution forcée.

Il n'est du reste pas obligé de prouver directement que l'exécution n'aboutirait pas pour sa demande ou aboutirait à un paiement incomplet, la preuve sera faite si une exécution infructueuse a déjà été opérée par un autre créancier sur ce qui reste de biens au débiteur (1).

Sa demande est fondée aussi s'il est à présumer que l'exécution forcée n'aboutirait pas ou aboutirait à un paiement incomplet, et le juge décide librement d'après son opinion si le débiteur est ou non capable de se libérer (2).

L'insolvabilité est établie en particulier, si dans le patrimoine du débiteur il ne se trouve que des objets difficilement réalisables ou insuffisants pour le paiement (3).

Ainsi, pour que l'action réussisse, il faut que l'acte attaqué ait eu pour conséquence immédiate un préjudice pour les créanciers, qu'il ait augmenté l'insolvabilité du débiteur.

Le préjudice existe en particulier si un objet qui devait faire partie de la masse est aliéné et que le

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XII, p. 119, XXII, p. 44.

2. Wilmowski, ouvrage cité, p. 569.

3. *Jurisprudence du tribunal d'empire* dans *Juristische Wochenschrift*, 1892, p. 239 et 301.

prix ne s'en trouve pas dans le patrimoine du débiteur ; si le prix n'est pas en rapport avec la chose, si la quotité du paiement des créanciers ou la facilité de ce paiement en est diminuée, (v. g.) l'exécution forcée en est rendue plus difficile.

La répudiation d'un gain n'est pas attaquable, « les créanciers n'ont aucun droit à l'augmentation du patrimoine mais seulement à une protection contre sa diminution » (1). Or, cette répudiation ne leur a rien enlevé de ce à quoi ils avaient droit.

1. Hartmann, ouvrage cité, p. 45.

CHAPITRE III

CAS OU LA CONTESTATION EST POSSIBLE

Pour étudier ces cas sans être obligé à des répétitions, la meilleure méthode est de distinguer entre ceux où la nullité peut être invoquée, quel que soit le mode de liquidation employé pour les biens, et ceux où la nullité ne peut être invoquée que dans la procédure de concours.

Les premiers sont visés par le paragraphe 3 de l'*Anfechtungsgesetz* et par les paragraphes 31 et 32, de la *Konkursordnung*.

Les seconds sont visés par le paragraphe 30 de la *Konkursordnung*.

I. — *Actes annulables dans la procédure individuelle comme dans la procédure de concours*

D'après le paragraphe 31 de la loi de faillite :

« Peuvent être attaqués :

» 1° Les actes passés par le failli dans l'intention

connue de l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ;

» 2° Les conventions à titre onéreux passées par le failli dans le cours de l'année qui a précédé l'ouverture de la faillite, avec son conjoint, soit avant, soit durant le mariage, avec ses parents ou ceux de son conjoint en ligne ascendante ou descendante, avec ses frères et sœurs germains consanguins ou utérins ou ceux de son conjoint ou le conjoint d'une de ces personnes, en tant que les créanciers de la faillite sont lésés par la conclusion de ces conventions, à moins que l'autre partie ne prouve qu'au moment où elle a passé l'acte, elle ignorait l'intention du failli de léser ses créanciers. »

Mettons en regard avec ce paragraphe les alinéas 1 et 2 du paragraphe 3 de l'*Anfechtungsgesetz*, ils sont ainsi conçus.

« Peuvent être attaqués :

» 1° Les actes entrepris par le débiteur dans l'intention connue de l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ;

» 2° Les conventions à titre onéreux que le débiteur a passées dans l'année qui a précédé la contestation, avec son conjoint, soit avant, soit durant le mariage, avec ses parents ou ceux de son conjoint en ligne ascendante ou descendante, avec ses frères et sœurs germains consanguins ou utérins ou ceux de son conjoint ou le conjoint d'une de ces per-

sonnes, toutes les fois que la conclusion de ces conventions porte préjudice aux créanciers, à moins que le co-contractant ne prouve qu'au moment de la conclusion de l'acte il ignorait l'intention frauduleuse du débiteur. »

Ces deux textes n'ont, on le voit, que fort peu de différences, le n° 1 de l'*Anfechtungsgesetz* reproduit mot pour mot le n° 1 du paragraphe 31 sauf que failli (*Gemeinschuldner*) y a été remplacé par débiteur (*Schuldner*).

Les n°s 2 sont semblables, à part une modification dans le point de départ des délais qui est : l'ouverture de la faillite dans la procédure collective, et la contestation elle-même dans la procédure individuelle.

Et la différence n'est pas seulement dans les mots, il y a dans le concours un avantage pour le syndic, puisqu'il peut intenter l'action pendant un an à compter de l'ouverture de la faillite d'après le paragraphe 41. Il pourra donc dans le cas du paragraphe 31, n° 2, intenter l'action près de deux ans après la conclusion de l'acte, ce qui, dans le même cas, ne saurait avoir lieu dans la procédure individuelle.

Mais à part ces légères modifications, les deux paragraphes précités visent le même cas de contestation et peuvent être étudiés ensemble.

Analyse du paragraphe 31. K.O. et paragraphe 3, n° 1 et 2 A.G. — Les deux cas de contestation visés

parces articles concernent le tort causé aux créanciers et contiennent un acte illicite. Ils supposent la fraude de l'action paulienne dans l'intention de léser ces créanciers (1).

Pour que le syndic (ou le créancier) puisse exercer l'une ou l'autre de ces actions il faut dans l'un et dans l'autre cas l'intention de nuire du débiteur (2).

Comme l'action paulienne en droit français, ce n'est pas contre le failli que s'exerce la contestation, mais contre le tiers qui a participé à l'acte quoiqu'il connut l'intention de nuire du débiteur « alors même qu'il a participé à cette intention de bonne foi (3) ».

Le n° 1 vise les opérations frauduleuses du débiteur en général, tandis que le n° 2 s'applique aux opérations préjudiciables aux créanciers dans lesquelles la loi présume jusqu'à preuve contraire la commune chez le co-contractant de l'intention frauduleuse à cause de saparenté.

Dans le premier cas c'est au syndic ou au créancier agissant qu'incombe le poids de la preuve tandis que dans le second une présomption légale mais non irréfragable pèse sur le défendeur (4).

Préjudice. — Au point de vue *objectif*, il faut,

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XXI, n. 420.

2. Von Wilmowski, ouvrage cité, p. 136.

3. Seuffert, ouvrage cité, p. 213.

4. V. Mandry Geib, *der zivilrechtliche Inhalt der Deutschen Reichs-gesetze*, p. 545.

ainsi que nous l'avons dit, qu'il y ait en un préjudice découlant directement ou indirectement de l'acte attaqué. Il suffit que le co-contractant ait eu connaissance d'une conséquence dommageable du contrat pour les créanciers, si cette conséquence devait se produire dans le cours habituel et normal des choses (1).

Il ne suffirait pas pour fonder l'action de la possibilité d'un préjudice (2).

Intention de nuire du débiteur. — Au point de vue *subjectif*, cette action suppose dans les deux cas l'intention de nuire du débiteur, le dol. Le dol ne consiste pas ici dans une grossière négligence, mais pourtant l'intention de léser ses créanciers n'exige pas chez le débiteur une action de malveillance accomplie par esprit de chicane. Il suffit que l'acte ait été fait avec la connaissance que régulièrement les créanciers présents ou futurs, un ou plusieurs d'entre eux, seront lésés par suite de son accomplissement (3).

Si le débiteur a entrepris l'acte pour éviter la faillite et payer ses autres créanciers, il n'y a pas eu d'intention frauduleuse, et les paragraphes 3 de l'A.

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXIV, p. 25.

2. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XIII, pp. 166 et 301, XXI, p. 420; XXIII, pp. 9-112; XXVII, p. 130; XXXIII, p. 124.

3. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XI, p. 173.

gesetz et 31 de la *K. ordnung* sont inapplicables même si en fait les créanciers ont été lésés (1).

Et même il est dit dans l'exposé des motifs de la loi de 1877 (2) que le paiement fait à des créanciers isolés pour les désintéresser, alors qu'il est à la connaissance des deux parties que le débiteur est insolvable, ne peut cependant être attaqué en se basant sur le n° 1 du paragraphe 31, qu'autant qu'il est constant que les parties ont voulu non seulement sauvegarder les intérêts de celle qui reçoit, mais encore nuire à la masse.

L'intention de nuire, dit M. Wilmowski (3), ne se confond pas avec l'intention d'avantager mais peut concourir avec elle.

Époque à laquelle doit avoir lieu l'intention de nuire. --- Le débiteur doit avoir l'intention de porter préjudice à ses créanciers au moment de la passation de l'acte et la connaissance du tiers défendeur en est acquise à cette époque (4).

Par connaissance dit M. Wolff (5) on entend que le défendeur a dû apprendre l'intention du débiteur de telle façon qu'il ait dû y croire, et, s'il n'est pas

1. Jugement du 23 mars 1887, dans la *Juristische Wochenschrift*, 1887, p. 208, 1888, p. 70 et 167.

2. Exposé des motifs, p. 131.

3. V. Wilmowski, ouvrage cité, p. 136.

4. Seuffert, ouvrage cité, p. 212. — *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. IV, p. 32.

5. Wolff, ouvrage cité, p. 132.

besoin d'une incontestable certitude, une simple opinion, le *Kennen müssen*, ne suffit pas.

Mais si le débiteur n'a pas eu d'intention frauduleuse, l'action ne pourrait pas se fonder sur la connaissance qu'aurait au moment de l'acte le tiers défendeur, du préjudice qui s'en suivra, ou sur son opinion que le débiteur cherchait à léser ses créanciers (1).

Comparaison entre les nullités du n° 1 et celles du n° 2. — Dans le cas prévu par le n° 1, celui qui intente l'action aura donc à prouver non seulement le préjudice causé, mais encore l'intention frauduleuse du débiteur et la complicité du tiers défendeur.

Dans le cas du n° 2 au contraire cette intention et cette complicité du défendeur sont présumées et, ainsi que nous l'avons dit, la charge de la preuve contraire pèse sur le défendeur mais le demandeur aura toujours à prouver que les créanciers ont été lésés par la conclusion de l'acte à titre onéreux.

Tandis que le n° 2 ne concerne que la convention à titre onéreux, le n° 1 vise tous les actes juridiques dans le sens que nous avons reconnu plus haut à *Rechtshandlung*, qu'ils soient à titre gratuit ou à titre onéreux, sauf bien entendu, comme le paragraphe 32-1° les dispositions à titre gratuit qui ont

1. Wolff, ouvrage cité, p. 136.

pour objet des présents d'usage et sont soustraites à toute contestation.

Nullité du n° 2. — Le n° 2 se borne aux conventions *Vertræge*. La loi prussienne des faillites du 8 mai 1855 dans le paragraphe 102-3° ne soumettait à la contestation que les « aliénations à titre onéreux » (*Veræusserung unter einem lastigen Titel*), mais la jurisprudence du tribunal supérieur ne comprenait dans ces aliénations ni le partage, ni les baux, ni l'abandon du lieu de paiement ou de constitution d'hypothèque. Aussi, pour prévenir toute restriction sous ce rapport, toutes les conventions tombent sous l'action du n° 2 (1).

Le mot convention est du reste entendu ici d'une façon très large et comprend « toute déclaration de volonté par laquelle sera produit un effet juridique » (2).

La jurisprudence du tribunal d'empire considère actuellement en ce sens l'accomplissement d'un engagement comme une convention.

L'exécution d'un titre exécutoire est aussi regardée comme une convention, mais non la garantie ou la caution d'une dot ou du patrimoine de la femme tombé légalement par le mariage sous l'administration du failli, ces garantie ou caution ne peuvent pas

1. Exposé des motifs de la loi de 1877, p. 132 et 133.

2. Wolff, ouvrage cité, p. 132.

être attaquées si elles ne tombent pas sous le n° 1 ou sous le paragraphe 30 de la *Konkursordnung*.

Parenté. — Le n° 2 vise les opérations à titre onéreux entre parents.

Il faut, pour que l'action soit recevable, que la parenté existe au moment de la passation de l'acte. Toutefois, s'il s'agit de l'épouse du failli, il suffit que le mariage ait eu lieu au moment de la convention ou dans la suite « avant ou pendant le mariage », tandis que pour les parents et alliés mentionnés, le lien de parenté doit exister au moment même de la conclusion de la convention, et s'il a pris naissance plus tard par légitimation ou par adoption, il n'est pas pris en considération.

Le fils adoptif est parent aux parents de l'adoptant, car il a, d'après l'article 1757 du Code civil, la situation d'un enfant légitime né du mariage de ceux-ci. S'il n'est adopté que par l'un des époux, il est alors allié à l'autre époux s'il n'en est déjà le propre enfant (1).

L'enfant illégitime est seulement allié de la mère et de ses alliés, et n'est parent au père que du moment de la légitimation.

Les enfants d'un mariage nul sont considérés comme légitimes si lors de sa célébration les deux époux ne connaissaient pas la nullité du mariage (1).

1. Wolff, ouvrage cité, p. 138.

Délai. — Les conventions visées par le n° 2 doivent avoir été conclues dans l'année qui précède l'ouverture de concours ou si c'est dans la procédure individuelle dans l'année qui précède la contestation. Ce délai n'est pas un délai de prescription mais un délai fixe. Les règles du Code civil sur la suspension et l'interruption de la prescription ne sauraient donc s'y appliquer.

Dispositions à titre gratuit attaquables. — Le paragraphe 32 de la *Konkursordnung* et les n° 3 et 4 du paragraphe 3 de l'*Anfechtungsgesetz* concernent les dispositions à titre gratuit.

Le paragraphe 32 est ainsi conçu :

« Peuvent être contestées :

» 1° Les dispositions à titre gratuit faites par le failli au cours de la dernière année qui a précédé l'ouverture de la faillite, à moins qu'elles n'aient eu pour objet des présents d'usage ;

» 2° Les dispositions à titre gratuit faites par le failli dans le cours des deux années qui ont précédé l'ouverture de la faillite au bénéfice de son conjoint. »

Les n°s 3 et 4 de l'*Anfechtungsgesetz* contiennent les mêmes mesures et diffèrent seulement comme précédemment par le point de départ des délais. On pourra leur appliquer les commentaires et les explications faites sous ce paragraphe.

Le paragraphe 32 concerne les dispositions à titre gratuit. Rentrent dans cette catégorie toutes sortes

d'actes tels que donations déguisées, désistements, remises de dettes et renonciations à succession. Le caractère gratuit de l'acte dont l'annulation est demandée n'a pas forcément pour conséquence l'enrichissement du donataire v. g. le cas de paiement de la dette d'un tiers (1).

Sont donc regardées ici comme attaquables tout d'abord les donations faites dans la dernière année à une personne quelconque, puis les donations faites au conjoint dans les deux dernières années. La loi de 1877 ajoutait encore : « Les garanties et sous-garanties données par le failli dans ces deux années relativement à la dot ou au patrimoine propre de sa femme dont la loi lui attribue l'administration, à moins que ces garanties ne lui aient été imposées par la loi ou par un contrat intervenu antérieurement à ce délai » (2).

Cet alinéa a été abrogé par la nouvelle loi.

Préjudice. — Le législateur suppose dans le paragraphe 32 que les créanciers ont été lésés dans leur droit au paiement, et que, dans l'intervalle d'un an (de deux ans si l'époux est le bénéficiaire) avant la déclaration de faillite ou la contestation, il a fait une disposition à titre gratuit (3).

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, X, p. 87.

2. Loi de 1877, § 25, 2°.

3. Mandry, ouvrage cité, p. 550.

« Quiconque, dit M. Wilmowski (1), a retiré quelque chose du patrimoine du failli sans rien verser en échange, doit céder à l'action des créanciers lésés. »

On n'exige point ici d'intention frauduleuse du débiteur ni de faute du tiers défendeur, ces actions sont purement personnelles et non délictuelles et il importe peu que le défendeur ait connu l'état de fortune du débiteur ou que celui-ci ait eu suffisamment pour payer ses créanciers au moment où se faisait la disposition, si la contestation ou la déclaration de faillite est venue dans le délai (1).

Ce délai est, comme celui prévu par le paragraphe 31-2° un délai fixé et non un délai de prescription.

II. — *Actes annulables dans la procédure de concours seulement*

Ces cas de contestation sont prévus par le paragraphe 30 de la *Konkursordnung*. Il est ainsi conçu :

« Peuvent être attaquées :

» 1° Les opérations conclues par le débiteur après la cessation de ses paiements ou après le dépôt d'une demande en ouverture de concours, lorsqu'elles portent préjudice aux créanciers de la faillite et que,

1. Wilmowski, ouvrage cité, p. 142.

à l'époque où l'obligation a été contractée, l'autre partie avait connaissance de la cessation de paiements ou de la demande en ouverture de concours. Il en est de même des actes postérieurs à la cessation de paiement ou à la demande en ouverture de concours, lorsqu'ils impliqueront une garantie ou un paiement en faveur d'un des créanciers de la faillite et que celui-ci, à l'époque de la passation de l'acte, connaissait la cessation de paiement ou la demande en ouverture de concours.

« 2° Les opérations conclues postérieurement à l'époque de la cessation de paiement, ou de la demande en ouverture de concours, ou dans les dix jours précédant cette époque, lorsqu'elles impliquent en faveur d'un des créanciers de la faillite une garantie ou un paiement auquel il ne pouvait prétendre, soit en général, soit de cette façon, soit à cette époque, à moins qu'il ne prouve que, à l'époque où l'acte a été passé, il n'avait connaissance, ni de la cessation de paiement, ni de la demande en ouverture de concours, ni de l'intention du débiteur commun de lui procurer un avantage au préjudice des autres créanciers. »

Opérations annulables. — Ce paragraphe regarde comme contestables deux sortes d'actes juridiques :

a) Les opérations préjudiciables aux créanciers conclues par le débiteur ;

b) Les sûretés ou le paiement fournis à un créancier.

Dans ce second cas il en va différemment suivant que le créancier pouvait ou non exiger la sûreté ou le paiement. S'il le pouvait, la contestation ne sera recevable que si l'acte a eu lieu depuis la cessation de paiement ou depuis la demande en déclaration d'ouverture de concours, et encore, à charge pour le syndic de prouver que le tiers défendeur connaissait cette demande ou la cessation de paiement.

S'il ne pouvait légalement réclamer la garantie ou le paiement en question, la contestation est recevable même lorsque l'opération aura été conclue dans les dix derniers jours qui ont précédé la cessation de paiement, et le tiers défendeur pour ne pas succomber, doit prouver qu'il ignorait la cessation de paiement, la demande, et l'intention du débiteur commun de l'avantager au préjudice des autres créanciers.

Ainsi, à part l'exception du n° 2 qui ajoute dix jours, ne tombent sous le paragraphe 30 que les actes ayant eu lieu depuis la cessation de paiement ou la demande en ouverture de concours. Et encore il ne s'agit pas d'une demande quelconque qui aurait été refusée, mais seulement de celle en considération de laquelle le concours a été ouvert (1).

Un acte juridique composé de plusieurs opérations, de l'offre de contrat, et de l'acceptation par exemple,

1. Wolff, ouvrage cité, p. 131.

n'est juridiquement conclu qu'après l'accomplissement de tous les actes nécessaires à sa validité, toutefois au point de vue de la contestation on ne tient compte que du moment où le défendeur a consenti l'acte, c'est de ce moment que date son acte quoique ce ne soit pas celui où il devient définitivement valable (1).

Et M. Wilmowski déclare que si le tiers défendeur a fait avant la cessation de paiement une offre, qui ne sera acceptée qu'après par le débiteur commun, il est à l'abri de toute contestation (2).

Préjudice immédiat. — D'après la majorité de la jurisprudence l'acte contesté doit causer un préjudice, et ce préjudice doit être arrivé par suite de cet acte sans l'aide de circonstances auxiliaires, il doit donc en être une conséquence directe (3).

On ne peut par suite attaquer les prestations faites au failli par suite d'obligations valables, car elles ne peuvent par elles-mêmes léser les créanciers. En vain se prévaudrait-on de la connaissance qu'aurait eue celui qui les a effectuées de l'état de cessation de paiements (4).

1. Wolff, ouvrage cité, p. 131.

2. Wilmowski, ouvrage cité, note 1 sous § 30.

3. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XIII, p. 41; XV, p. 62; XXVII, p. 98; XXIX, p. 77. En sens contraire : X, 8; XVIII, 122.

4. Exposé des motifs de la loi de 1877, p. 121,

Il est indifférent pour que ces actes puissent être attaqués qu'il aient eu lieu avec ou sans la volonté du débiteur, par lui ou par un tiers ; ils peuvent même avoir été obtenus en vertu d'un jugement par voie de saisie-arrêt ou d'exécution forcée (1).

Peu importe aussi que le débiteur ait connu ou ignoré sa situation, mais il faut, pour rendre l'action recevable, que le tiers défendeur ait connu la cessation de paiement au moment où il passait l'acte

Comparaison des nos 1 et 2.— Il n'est pas nécessaire pour le cas visé au début du n° 1 que le tiers défendeur soit un créancier de la faillite, au contraire les contestations fondées sur le n° 1 *in fine* et sur le n° 2 supposent nécessairement qu'un créancier de la masse a été avantagé, et ne concernent pas le cas dans lequel un créancier autorisé à agir individuellement s'est fait payer, s'il retire son paiement du patrimoine propre du débiteur et non de celui qui est affecté à la masse (2).

Tandis que le n° 1 *in fine* concerne tous actes de sûreté ou de paiement, même dans le cas où ils sont congrûment autorisés et découlent normalement de l'opération, le n° 2 se borne aux sûretés ou paiements fournis à un créancier qui ne pouvait les

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire. Juristische Wochenschrift*, 1886, p. 266.

2. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. IX, p. 50 ; XVII, p. 27.

exiger, ou ne le pouvait de cette manière ou à cette époque.

L'époque dans laquelle doivent avoir été accomplis les actes annulables est plus étendue dans le n° 2 que dans le n° 1. On peut, en effet, contester, d'après le n° 2, des opérations accomplies pendant les dix jours qui ont précédé la cessation de paiement ou la demande en ouverture de concours.

Enfin, comme nous l'avons dit plus haut, le syndic qui se base sur le n° 1 a la charge de la preuve, s'il se base sur le n° 2 cette charge incombe au défendeur qui doit prouver qu'il ignorait la situation du débiteur et son intention de l'avantager.

D'après M. Seuffert (1), la caractéristique de l'acte visé sous le n° 2 réside dans l'inégalité entre le droit : *Anspruch* et son accomplissement : *Leistung*. Tout ce que le créancier ne pouvait réclamer dans la mesure de son droit tombe par suite de cette inégalité (2).

1. Seuffert, ouvrage cité, p. 209.

2. D'après la *Jurisprudence du tribunal d'empire* (t. X, p. 33, XVII, p. 26), celui qui a droit au paiement n'a pas pour cela droit à la garantie ; si l'exécution est contestable le paiement est aussi assujéti à la contestation puisqu'il en résulte.

CHAPITRE IV

NATURE ET EFFETS DE LA CONTESTATION

§ 1. — NATURE

1° *Les textes.* — Les textes plus haut mentionnés, qui concernent l'action paulienne, ne la regardent point comme une action en indemnité. A vrai dire, ils ne semblent pas non plus y voir une action en nullité dans le sens classique du mot.

Nous ne voyons nulle part le mot *Nichtigkeit*, réservé en droit allemand aux nullités absolues, mais le législateur se sert du mot *Anfechtung*, attaquabilité, contestation. Cependant les termes du paragraphe 29 de la *Konkursordnung* et ceux du paragraphe 1 de l'*Anfechtungsgesetz* semblent bien confirmer la théorie d'une nullité souple, théorie dont nous nous sommes déclaré partisan au début de cette étude.

Ces textes, en effet, déclarent que l'action rend

l'acte attaqué inefficace, *unwirksam gegenüber Gläubigern*, inopposable aux créanciers.

C'est donc, d'après les textes mêmes de la loi, une action en inopposabilité.

2° *La jurisprudence*. — La jurisprudence semble bien aussi se rapprocher de cette conception.

« C'est, dit un arrêt du tribunal d'empire (1), une nullité purement relative, et le procès demeure *res inter alios acta* à l'égard des tiers qui n'y auraient pas pris part, quand même ces tiers auraient été lésés par l'opération attaquée. »

Et, d'après un autre arrêt (2) : « Lorsque l'objet de la contestation a été aliéné, le prix peut en être revendiqué s'il existe encore en nature, mais on ne saurait réclamer une indemnité en remplacement de ce prix. »

Ce dernier arrêt repousse catégoriquement la théorie de l'indemnité : si la chose frauduleusement aliénée ou son prix est encore entre les mains du tiers défendeur, celui qui intente la paulienne peut en tirer son paiement comme si la chose n'avait pas été aliénée. L'aliénation ne saurait, en effet, lui être opposée.

Mais si l'objet de la contestation a été aliéné et le prix dissipé, on ne peut réclamer indemnité.

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXIV, p. 95.

2. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXX, p. 87 et XXVII, p. 23.

D'autres arrêts, sans en déterminer la nature, regardent la contestation comme une sorte de complément d'exécution forcée.

« Cette action n'est pas autre chose que le droit, dans certaines conditions, de demander son paiement, si la demande est en dehors du patrimoine de concours, et de demander le dessaisissement dans le but du paiement (1). »

Cet arrêt vise l'action exercée par un créancier et constate qu'elle ne tend qu'à dessaisir le tiers défendeur de l'objet dont l'aliénation a été contestée, afin que le demandeur puisse en retirer son paiement. C'est donc bien ici une inopposabilité.

3^e *Auteurs*. — Parmi les auteurs, M. Karl Meyer (2) regarde la contestation comme créatrice d'une obligation de garantie : « L'acte contestable n'est pas nul ou relativement inefficace, mais crée seulement pour le défendeur en contestation une obligation de garantie. *L'acte contesté est inefficace seulement vis-à-vis des créanciers*. L'inefficacité profite seulement aux personnes lésées par l'acte contesté. Dans le concours, elle ne profite donc qu'aux examens de concours et non aux créanciers violés. »

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXXIX, p. 15. La contestation, dans la procédure individuelle, atteint le défendeur comme garantie de paiement (*Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXII, p. 377 ; XXX, p. 43).

2. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 65.

D'après M. Wolff : « L'action en contestation se présente clairement comme une plainte fondée sur l'enrichissement injuste, et indépendamment de cette nature juridique, elle peut aussi, par suite de circonstances, avoir un caractère délictuel.

» Mais tandis que, en droit romain l'action paulienne se fondant sur l'*animus frandandi creditores* en tirait un certain caractère délictuel, la *Konkursordnung* ne suppose pas dans tous les cas le caractère délictuel (1). »

Ainsi, M. Wolff semble se rapprocher de la théorie de l'indemnité tandis que M. Meyer est partisan de l'inopposabilité.

D'autres auteurs admettent que le fondement du droit de nullité est toujours un acte illicite, les autres que le droit d'agir a toujours sa base seulement dans l'enrichissement injuste, d'autres enfin regardent la contestation comme un complément à l'exécution forcée, ou disent que ce rapport doit être considéré comme une obligation *ex lege* ; mais ils ne se prononcent pas plus nettement sur la nature de l'action.

§ 2. — EFFETS

Les effets de la contestation varient suivant que le tiers défendeur est de bonne ou mauvaise foi, et ils sont plus ou moins étendus suivant que l'action est

1. Wolff, ouvrage cité, p. 127.

exercée en procédure collective ou en procédure individuelle.

L'article 7 de l'*Anfechtungsgesetz* dit en effet :

« Le créancier, autant que cela est nécessaire pour son paiement, peut exiger que toute partie des biens du débiteur, sortie de son patrimoine par voie d'aliénation, de donation, ou de remise de dettes, soit rendue par celui qui l'a reçue comme si elle appartenait encore au débiteur.

» Celui qui a profité de bonne foi d'un acte à titre gratuit ne doit la restitution que dans la mesure du profit qu'il en a retiré. »

Ce paragraphe qui montre la portée de l'action indique une différence d'étendue sensible entre l'action telle qu'elle est exercée dans le concours, et son étendue dans la procédure individuelle.

Dans le concours en effet (1), quel que soit le montant formulé dans la demande en contestation le bénéfice de l'action tombe en entier dans la masse

1. Paragraphe 37 de la *Konkursordnung*. « Les parties de l'avoir du failli qui par le fait d'une opération attaquable, ont fait l'objet d'une aliénation, d'une donation ou d'une remise de dette doivent faire retour à la masse.

» Le bénéficiaire de bonne foi, d'une aliénation à titre gratuit n'en doit la restitution que jusqu'à concurrence de son enrichissement. »

Traduction P. Carpentier. *Code de commerce allemand et loi sur la faillite*, p. 427.

et le syndic peut en disposer comme des autres éléments de la masse (1).

Dans la procédure individuelle au contraire, l'annulation ne saurait produire le même effet : il n'existe plus de masse dans laquelle puisse retomber la chose aliénée, et le demandeur aura seulement la faculté de se faire payer par le tiers défendeur sur la chose, comme il aurait pu le faire si cet objet était resté entre les mains du débiteur.

Il ne peut réclamer du prix que ce qui est nécessaire à son désintéressement, de la même façon dont il pourrait le réclamer comme complément d'exécution forcée si l'objet était encore en la possession du débiteur (2).

La contestation, dans la procédure individuelle, dit un arrêt précité (3), atteint le défendeur comme garantie de paiement, aussi lui est-il toujours permis d'arrêter l'action en payant au demandeur le montant de sa demande (4).

Lorsque la restitution a été opérée, les autres créanciers du *fraudator* ne peuvent plus rien demander

1. Mandry, ouvrage cité, p. 558. — Hartmann, ouvrage cité, p. 183. — *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XXX, 90.

2. Mandry, ouvrage cité, p. 559. — Cosack, ouvrage cité, p. 266. — Exposé des motifs, n° 21.

3. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XXX, p. 43 ; XXII, p. 377.

4. Exposé des motifs, 22.

au défendeur qui, par la remise de la chose ou d'un prix équivalent a rempli son obligation et ne saurait être tenu de l'acquitter deux fois.

L'acte n'est pas annulé mais seulement inefficace vis-à-vis d'une demande déterminée, et seulement en tant que cela est requis pour ce paiement. Le créancier peut donc seulement prendre sur l'objet aliéné la somme nécessaire pour le désintéresser ; pour le surplus l'acte attaqué est valable (1).

Le montant de la garantie est déterminé par le montant de la créance en principal, intérêts et frais de justice (2).

Cette garantie porte sur l'objet de la contestation y compris l'usage, les intérêts échus et à échoir, et l'augmentation de valeur que cet objet a pu acquérir pendant l'intervalle (3).

Si le tiers défendeur a, dans cet intervalle, grevé volontairement ou involontairement l'objet de la contestation d'un droit de garantie ou d'une servitude quelconque, il est tenu de la dégager ou de fournir l'équivalent du dommage causé.

Si l'objet de la contestation est divisible, il est attaquant par parties, sinon l'action porte sur le tout,

1. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 371.

2. Hartmann, ouvrage cité, p. 195. — Petersen et Kleinfeller ouvrage cité, 678.

3. Hartmann, ouvrage cité, p. 195. — Petersen et Kleinfeller, ouvrage cité, p. 678. — Wilmowski, p. 577.

mais le défendeur a droit à la restitution du prix de la chose excédant la demande.

D'après l'alinéa 2 § 7, comme d'après l'alinéa 2, § 37 de la loi de concours, le bénéficiaire de bonne foi d'une prestation à titre gratuit n'en doit la restitution que dans la mesure de son enrichissement.

Il y a bonne foi si le donataire ne sait rien de l'intention de nuire du débiteur, et, dans le cas de concours, de la cessation de paiement ou de la demande en ouverture de concours (1). Une grossière négligence, le *Kennen müssen* exclut la bonne foi (2).

1. Seuffert, ouvrage cité, p. 223.

2. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, VI, p. 17. — Willenbücher, ouvrage cité, p. 84.

CHAPITRE V

EXERCICE DE L'ACTION

§ 1. — DE QUELLE FAÇON PEUT-ELLE ÊTRE EXERCÉE

La contestation peut être soulevée, soit au principal, soit par voie d'exception.

« Lorsqu'elle est formée par voie d'action, dit l'article 9 de l'*Anfechtungsgesetz*, l'assignation devra déterminer nettement dans quelle mesure et de quelle manière devra se faire la restitution. »

Par détermination de la plainte, la loi entend exiger ici le rapport détaillé et précis de ce qui doit être restitué, et de la façon dans laquelle la restitution devra s'effectuer (1).

Si par exemple l'objet de la contestation, aliéné ou hypothéqué par le débiteur, se trouve encore en possession du tiers défendeur, le créancier poursuivant demandera dans l'assignation la condamnation de

1. Exposé des motifs, p. 25. — Hartmann, ouvrage cité, p. 215.

l'acquéreur à lui payer le montant de sa créance, ou à laisser l'exécution forcée se poursuivre sur l'objet encore en sa possession.

Si l'objet en question a dé péri entre les mains de l'acquéreur ou si celui-ci l'a aliéné, la demande portera sur le paiement du préjudice ou sur le prix de la créance (1).

Si c'est un paiement qui est contesté, la demande peut tendre directement au paiement d'une somme d'argent.

De même, s'il s'agit d'une compensation.

Dans le cas de remise de dette, le poursuivant doit demander dans l'assignation que le défendeur lui accorde une garantie de sa créance, et regarde la dette remise comme subsistante dans la même mesure (2).

L'action intentée pour voir dire que le demandeur possède effectivement le droit de contester une opération, n'est pas recevable (3).

La prescription du paragraphe 9 n'est pas simplement facultative, et si l'assignation ne contenait pas de précisions suffisantes, le juge devrait la rejeter d'office (4).

11. JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL D'EMPIRE

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. IX, p. 72; t. X, p. 10.

2. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 373. — Hartmann, ouvrage cité, p. 218. — Wilkowski, ouvrage cité, p. 580.

3. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXIII, p. 6.

4. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXIII, p. 6 et dans *Juristische Wochenschrift*, 1889, p. 85.

Toutefois, le tribunal n'est pas obligé, lors même qu'il trouverait la plainte fondée, d'ordonner la restitution indiquée dans la demande, il peut en ordonner une autre (1).

La demande doit en particulier indiquer à quel cas du paragraphe 3 de l'*Anfechtungsgesetz* ou des paragraphes 30 et suivants de la loi de concours elle s'applique. Le passage d'une action en contestation fondée sur tel cas, à une autre fondée sur tel autre, forme une demande nouvelle.

§ 2. — CONTRE QUI PEUT ÊTRE INTENTÉE L'ACTION

L'action en contestation a toujours pour objet une opération conclue par le débiteur, dans la procédure individuelle, par le failli, dans la procédure de concours.

Le premier acquéreur, celui qui a conclu l'opération, est donc celui contre lequel est normalement dirigée l'action, même lorsqu'il ne possède plus l'objet acquis (2), ou qu'il en a perdu le profit.

Il ne saurait opposer qu'il a perdu cet objet ou qu'il en a dissipé le profit, il ne saurait non plus opposer que l'action est recevable contre un tiers,

1. Hartmann, ouvrage cité, p. 221.— Wilmowski, ouvrage cité, p. 580.— *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. IX, p. 73.

2. Exposé des motifs de la loi de 1877, p. 147.

car cette recevabilité n'arrête pas l'action intentée contre lui.

Le demandeur en contestation peut agir non seulement contre le co-contractant, mais aussi contre ses ayants cause. Il peut exercer l'action contre l'auteur seul, ou contre l'ayant cause de celui-ci, ou contre eux deux et, cela soit en même temps, soit successivement (1).

Il faut toutefois que l'ayant cause se trouve dans les cas déterminés par la loi.

Cette question est visée par le paragraphe 40 de la loi de faillite et par le paragraphe 11 de l'*Anfechtungsgesetz*. Ce dernier est du reste copié textuellement sur le premier, mais contient un alinéa supplémentaire sur la façon de proroger les délais vis-à-vis des ayants cause.

Le paragraphe 40 est ainsi conçu :

« Alinéa 1. — La demande qui pouvait être formée contre le défunt pourra l'être contre son héritier.

» Alinéa 2. — Cette demande pourra être formée contre tout autre ayant cause de celui qui était partie dans l'acte attaqué :

» 1° Lorsqu'à l'époque de la naissance de son droit, il avait connaissance des circonstances qui rendaient attaqué l'acquisition de son prédécesseur;

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire dans Juristische Wochenschrift*, 1886, p. 348 et 349.

» 2° Lorsqu'il est au nombre des personnes désignées sous le n° 2 du paragraphe 31, s'il ne prouve qu'à l'époque où son droit a pris naissance, il ignorait les circonstances qui rendaient attaquable l'acquisition de son prédécesseur ;

» 3° Lorsque l'acquisition a eu lieu à titre gratuit.

» Alinéa 3. — Dans le cas du n° 3 de l'alinéa 2, la disposition du n° 2 du paragraphe 37 s'appliquera à la responsabilité du successeur juridique. »

L'alinéa 1 règle les conditions de validité d'exercice de l'action contre les héritiers, héritiers testamentaires ou héritiers *ab intestat* ; les alinéas 2 et 3 concernent les autres ayants cause.

a) L'alinéa 1 vise les héritiers : il s'agit ici de ceux du tiers défendeur et non point de ceux du débiteur (1).

La contestation est intentée contre eux comme contre le co-contractant, l'obligation de garantie étant une obligation de succession (2). Il importe peu que l'héritier ait connu ou non les conditions d'attaquabilité de l'acte de son auteur (3).

Si c'est le failli qui se trouve être l'héritier de celui avec lequel il a conclu une opération contestable, et

1. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 91.

2. L. Seuffert, ouvrage cité, p. 217.

3. Willenbücher, ouvrage cité, p. 87.

si la succession tombe dans la masse, l'action peut être exercée contre lui (1).

b) Contre les ayants cause autres que les héritiers, la contestation ne peut être efficacement intentée que sous les conditions indiquées aux nos 1 et 2 de l'alinéa 2, et dans le cas du n° 3 seulement avec les limitations apportées à leur responsabilité par l'alinéa 3.

L'ayant cause est, ici, toute personne ayant acquis autrement que par succession, de l'acquéreur ou d'un de ses héritiers, l'objet de la contestation, ou toute personne ayant acquis sur cet objet des droits réels qui portent atteinte au droit de paiement des créanciers (2).

La contestation, pour réussir contre un ayant cause, doit être fondée contre son auteur. Ainsi, un sous-acquéreur contre lequel on ne peut admettre la contestation protège tous ses ayants cause contre cette action, alors même que les conditions du paragraphe 50 se trouveraient réalisées en leur personne (3).

Peu importe que l'ayant cause ait acquis à titre gratuit ou à titre onéreux, il faut toujours que le fait

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XXV, p. 412; XXXIX, p. 79. — L. Seuffert, ouvrage cité, p. 217.

2. Willenbücher, ouvrage cité, p. 85. — Petersen et Kleinfeller, ouvrage cité, p. 171.

3. L. Seuffert, ouvrage cité, p. 218. — Karl Meyer, p. 91.

de l'ayant cause ait porté préjudice et que l'opération de son auteur puisse être attaquée (1).

Dans la rédaction de 1877, le n° 1 de l'alinéa 2 avait une portée beaucoup plus restreinte que dans la rédaction actuelle. Il ne rendait possible la contestation contre les ayants cause que dans les cas prévus par le paragraphe 31.

Il s'exprimait ainsi :

« La demande peut être dirigée contre tout ayant cause :

» 1° Lorsque, au moment où son droit a pris naissance, le co-contractant connaissait l'intention du failli de porter préjudice à ses créanciers. »

Les modifications apportées par la loi de 1898 en ont élargi l'étendue d'application, et maintenant l'action peut être intentée contre les sous-acquéreurs dans les mêmes cas que contre le premier acquéreur.

Il faut cependant, pour que l'ayant cause puisse être atteint, qu'il ait connu les circonstances qui rendaient attaquant l'acquisition de son prédécesseur. Il faut, de plus, qu'il ait eu cette connaissance au moment même où il a traité, une connaissance postérieure ne rendrait pas l'action recevable (2).

D'après le n° 2 de l'alinéa 2, le syndic n'a plus besoin, pour exercer la contestation avec succès, de

1. Exposé des motifs de la loi de 1877, p. 152.

2. Seuffert, ouvrage cité, p. 217.

prouver chez l'ayant cause la connaissance des circonstances qui rendaient l'acte attaquant. Contre les personnes parentes ou alliées du failli dans les limites du n° 2 du paragraphe 31, il n'y a qu'à établir la parenté ou l'alliance au moment de la cession de droit.

Si c'est l'époux du failli qui est l'ayant cause du co-contractant, il suffit de prouver que le mariage a eu lieu même postérieurement à l'opération en question : avant ou pendant le mariage, dit le paragraphe 31.

Lorsque cette parenté est prouvée, si l'ayant cause veut faire échouer l'action, il doit démontrer que lors de son acquisition il ignorait l'attaquabilité de l'acte de son prédécesseur (1).

Si par exemple la contestation est fondée sur le n° 1 du paragraphe 30, il devra seulement prouver qu'il ignorait alors la cessation de paiement ou la demande en ouverture de faillite ; si elle est fondée sur la gratuité de l'opération visée dans le paragraphe 32, il n'aura qu'à prouver sa bonne foi.

c) Le numéro 3 de l'alinéa 2 et l'alinéa 3 n'existaient pas dans la rédaction de 1877, ils ont été ajoutés en 1898 pour permettre d'exercer de la même manière la contestation contre les sous-acquéreurs à titre gratuit.

1. Seuffert, *loc. cit.* — Wilmowski, ouvrage cité, p. 172.
— *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XIX, p. 202.

Ils ne concernent ni les dons de circonstance, ni les présents d'usage, et la responsabilité des ayants cause se borne, comme d'après le numéro 2 du paragraphe 37, à leur enrichissement.

Si la gratuité de la sous-acquisition contestée n'est que partielle, par exemple, s'il s'agit d'une donation faite avec charges au second acquéreur, l'action fondée contre le premier acquéreur ne pourra être exercée contre son ayant cause que dans la mesure de la donation, déduction faite du montant des charges. Pour le reste, il ne peut être atteint que par les actions des n^{os} 1 et 2 (1).

Dans la procédure individuelle, l'exercice de la contestation contre les héritiers et autres ayants cause est réglé par le paragraphe 11.

Cet article comporte quatre alinéas et, comme nous l'avons dit, les trois premiers correspondent textuellement à ceux du paragraphe 40 de la loi de concours. Les explications que nous venons de donner s'appliquent donc aussi au paragraphe 11.

L'alinéa 4 déclare que : « Pour proroger les délais conformément à la disposition de l'article 4, il suffira d'une signification écrite au successeur contre lequel la contestation est intentée (2). »

1. Wolff, ouvrage cité, p. 160.

2. Traduction P. Carpentier, *Législation commerciale de l'Allemagne*, p. 532.

La signification de l'exploit doit être faite à l'ayant cause poursuivi, et cela suffit pour proroger le délai. Mais si les délais doivent aussi être étendus contre le co-contractant (le premier acquéreur), la signification doit aussi lui être faite (1).

Mais si la signification faite aux ayants cause est inefficace contre leur auteur, inversement celle faite à l'auteur est valable vis-à-vis de ses ayants cause, peu importe que ceux-ci aient contracté après ou avant la signification (2). Cet effet résulte, d'après M. K. Meyer, de la façon dont est rédigé le paragraphe 4.

§ 3. — PAR QUI PEUT ÊTRE EXERCÉE L'ACTION

Dans la procédure individuelle, tous les créanciers qui se trouvent dans les conditions énoncées par le paragraphe 2 peuvent exercer la contestation.

Il n'en est pas de même dans la procédure de concours ; le paragraphe 36 dit, en effet :

1. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 375. — Hartmann, ouvrage cité, p. 235.

2. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 375. — Hartmann, ouvrage cité, p. 235. — Cosack, ouvrage cité, p. 318. — En sens contraire Wilmowski, ouvrage cité, p. 583. — Petersen et Kleinfeller, ouvrage cité, p. 686. — Willenbücher, ouvrage cité, p. 337.

« Le droit de contestation est exercé par le syndic. »

Les créanciers ne sauraient donc, devant une affirmation aussi catégorique, prétendre l'exercer pendant la durée du concours. Le pouvoir exclusif de contestation du syndic absorbe celui des créanciers isolés, et si une instance a été engagée avant l'ouverture de la faillite par un créancier, il ne peut la poursuivre (1).

Toutefois, dans deux cas, les créanciers de la faillite sont exceptionnellement admis à faire valoir une action en contestation au cours de la faillite.

1° D'après le paragraphe 13, aliéna 5 de l'*Anfechtungsgesetz*, lorsqu'il s'agit d'opérations conclues par le failli relativement à son patrimoine propre et non relativement aux biens de la masse, elles peuvent être attaquées, même pendant la durée du concours, par les créanciers de la masse dans la mesure de cette loi ;

2° Lorsque les créanciers de la masse ont intenté un procès en contestation et que, à l'ouverture de la faillite, l'instance est encore pendante, elle est interrompue par l'ouverture du concours.

Si le syndic reprend l'instance, le créancier qui l'avait introduite peut intervenir, non comme partie

1. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 81.

principale mais seulement pour reprendre les frais qu'il avait exposés.

Si au contraire le syndic refuse de reprendre le procès (il peut avoir déclaré formellement qu'il ne le reprendrait pas, ou avoir intenté une autre action en contestation), le créancier ne peut reprendre son instance au fonds, mais il peut la reprendre relativement aux frais, ce que peut faire aussi le tiers défendeur.

Ainsi, deux procès séparés et indépendants l'un de l'autre peuvent donc être exercés au sujet de la contestation : l'un relatif aux frais, par le créancier, le second sur la demande en contestation elle-même, par le syndic (1).

La procédure de contestation par voie d'action individuelle est bornée à l'ouverture de la faillite.

L'*Anfechtungsgesetz* de 1876 ne consacrait qu'une ligne à cet effet de l'ouverture de faillite : « Si le débiteur est déclaré en faillite, disait le paragraphe 13, l'action en révocation appartient au syndic. »

Sans doute, il s'était élevé des controverses et la jurisprudence était flottante, comme en France, sur ce point. La loi de 1868 a copieusement analysé le cas. Le paragraphe 13 est ainsi conçu :

« I. — Lorsque le débiteur est déclaré en état de faillite, la poursuite des actions en contestation

1. Wolff, ouvrage cité, note sous paragraphe 36.

intentées par les créanciers de la faillite passe au syndic. Les frais du procès doivent être remboursés par privilège au créancier sur ce qui est recouvré ;

» II. — Si la demande en contestation est encore pendante, il y est mis fin. Dans le cas où un retard serait apporté à sa reprise, on appliquerait les dispositions de l'article 239 du Code de procédure civile. Le curateur peut élargir le débat, d'après la prescription des articles 37, 39 et 41 de la loi sur la faillite. en se conformant aux articles 268 et 529 du Code de procédure civile. Si le curateur refuse de reprendre le procès, les deux parties pourront lui réclamer le montant des frais exposés. Ce refus de reprendre l'instance ne préjudicie pas au droit qu'a le curateur d'exercer lui-même l'action en annulation, conformément aux termes de la loi sur les faillites ;

» III. — Lorsque le créancier a obtenu une sûreté ou une satisfaction sur ce qui a été restitué, on appliquera par analogie, pour contester ces résultats, les dispositions du n° 1 du paragraphe 30 de la loi sur les faillites.

» IV. — Après la clôture de la faillite, les créanciers auront le droit de poursuivre individuellement, en se conformant aux dispositions de la présente loi, les actions en contestation qui compétaient au syndic, pourvu que le bien-fondé d'exceptions opposées au curateur n'ait pas été reconnu. Si l'action n'était pas pendante au moment de l'ouverture de la

faillite, le délai imparti par le n° 2 du paragraphe 3 de la présente loi courra à compter de ladite ouverture, pourvu que la cause ait été introduite dans l'année de la clôture de la faillite.

» V. — Les créanciers de la faillite peuvent attaquer, même au cours de la faillite, en se conformant aux dispositions de la présente loi ; les opérations du failli relatives à son patrimoine n'appartenant pas à la masse (1). »

Les deux premiers alinéas montrent l'influence directe de l'ouverture de faillite sur un procès de contestation en instance. L'alinéa 3 règle les effets de l'ouverture de faillite sur les suites de la contestation, sûreté obtenue au paiement. L'alinéa 4 règle la reprise ou la poursuite du droit de contestation après la clôture de la faillite, et l'alinéa 5 montre la voie de contestation par procédure individuelle, pendant la durée de la faillite, sur les biens du failli libres de concours.

Le créancier autorisé avant la faillite à agir en contestation deviendra créancier de la masse lors de l'ouverture de la faillite, à moins qu'il n'ait obtenu, avant celle-ci, son paiement, ou une hypothèque, ou un droit particulier par la mise en gage de l'objet. Il devient créancier de la faillite et comme tel ne peut plus poursuivre l'instance. Le droit de contes-

1. Traduction de M. P. Carpentier, ouvrage cité, p. 524.

tation passe au syndic, et l'objet de cette contestation fait partie de la masse de concours, qu'il soit provisoirement ou définitivement acquis, ou encore litigieux.

Font aussi partie de la masse les droits acquis au cours de la procédure dans un procès encore pendant ; ils ne doivent pas être perdus pour la masse (1).

Ainsi, l'ouverture de la faillite interrompt le procès litigieux, qu'il ait été intenté par action ou par reconvention ; mais le syndic peut continuer la poursuite, il peut aussi dès le début élargir le fond du débat et demander la garantie pour le concours puisque, ainsi que nous l'avons vu plus haut, la portée de la contestation est plus grande dans le concours que dans la procédure individuelle (2).

Certains auteurs pensent même que le syndic qui poursuit la contestation intentée est obligé d'élargir le débat, parce que, disent-ils, il ne demande pas la garantie dans la mesure du paiement d'un seul créancier mais la garantie de paiement de la masse de concours (3).

Si le syndic refuse de reprendre l'instance, les deux parties pourront lui réclamer le montant des frais

1. Exposé des motifs, p. 28.

2. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 378. — Hartmann, ouvrage cité, p. 352.

3. Petersen et Kleinfeller, ouvrage cité, p. 692.

exposés. Nous avons adopté ici la traduction de M. P. Carpentier; nous n'avons pas cru devoir traduire, comme le fait ici M. J. Challamel : « Si le syndic ne veut pas reprendre l'instance, chacune des parties peut la reprendre à ses frais (1). »

Cette seconde façon de comprendre le texte allemand pourrait faire croire à une intrusion de l'action individuelle au cours de la faillite. Le syndic d'après elle ne reprendrait l'action que s'il la jugeait bonne et très facile à faire triompher. Dans ce cas, il l'intenterait lui-même et en enlèverait par là l'exercice aux créanciers. Si, au contraire, il croit l'issue du débat douteuse, il laissera les parties la reprendre à leurs risques et périls, quitte à en revendiquer le bénéfice pour la masse si l'action intentée réussit.

De cette façon le syndic pourrait avoir le même profit dans les deux cas sans courir de risque, ce qui est sans doute un avantage puisque les frais exposés par les créanciers ne grèveront pas la masse s'il échoue, comme cela serait arrivé si c'était le syndic qui avait agi.

Mais la première interprétation, qui nous semble la bonne au point de vue littéral (2), est beaucoup plus conforme au contexte.

1. *Annuaire de Législation étrangère*, année 1898, p. 164. Trad. de M. Jules Challamel.

2. Voici le texte dont il s'agit : *Lehnt der Verwalter die*

En effet, l'alinéa 2 commence ainsi : « Si l'instance est pendante, elle est interrompue. » — « Le pouvoir de contestation passe au syndic dit l'alinéa premier. » Ces textes ne sauraient se concilier avec la traduction que nous repoussons.

De plus notre interprétation est confirmée par les commentaires faits de ce texte par les auteurs allemands ; ceux-ci ne l'ont jamais compris dans le sens de l'action individuelle. M. Wolff, ne dit-il point : « Le créancier de la faillite, qui avant l'ouverture de celle-ci a intenté un procès en contestation encore pendant, ne peut poursuivre l'instance durant la faillite. *Si le créancier n'est pas autorisé à reprendre le procès du fond*, il peut, de même que la partie adverse, le reprendre relativement aux frais exposés (1). »

Et M. K. Meyer : le pouvoir exclusif de contestation du syndic absorbe celui des créanciers (2).

Les parties peuvent poursuivre pour les frais, mais au fond, sur la chose elle-même, l'instance n'est pas recevable entre les parties pendant la durée du concours (3).

Aufnahme des Rechtsstreits ab, so Kann derselbe rücksichtlich der Processkosten von jeder Partei aufgenommen werden.

1. Wolff, note sous § 36. *K. ordnung.*

2. K. Meyer, ouvrage cité, p. 82.

3. Hartmann, ouvrage cité, p. 254. Pendant la faillite la contestation est exercée valablement exclusivement par le syndic. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, t. XXX, p. 72.

Le refus de reprendre le procès en instance n'empêche pas le syndic de pouvoir intenter l'un des cas de contestation prévu par la *Concursordnung*. S'il exerce une de ces actions, et que les parties du procès interrompu lui réclament le montant des frais exposés, le tribunal, d'après l'article 148 du Code de procédure civile, ajournera son jugement sur cette demande jusqu'au prononcé du jugement de l'action intentée par le syndic (1).

Si au moment de l'ouverture de la faillite le litige avait déjà été tranché au profit du créancier poursuivant, le syndic peut se faire délivrer une expédition exécutoire conformément aux articles 727 et 730 du Code de procédure civile, et procéder à l'exécution forcée (2).

Si le plaignant en contestation avait échoué judiciairement avant l'ouverture du concours, le syndic n'est pas pour cela privé de son droit de contestation sur le même (3).

Le syndic a donc le choix entre trois façons d'agir :

1° Ou bien reprendre le procès en instance, et s'il triomphe en verser le profit à la masse après avoir remboursé sur le gain, les frais que le créancier avait déjà déboursés (4) ;

1. K. Meyer, ouvrage cité, p. 379.

2. Exposé des motifs, p. 30.

3. Jäckel, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner*, p. 242.

4. Willenbücher, ouvrage cité, p. 339. — Jäckel, ouvrage cité, p. 242.

2° Ou refuser de reprendre l'instance. Dans ce cas le créancier et même le tiers poursuivi peuvent lui réclamer leurs déboursés, mais ne peuvent rien autre.

3° Ou intenter sur le même objet une des actions en contestation prévues par la loi de concours.

Si le syndic en reprenant l'instance élargit le débat, cet élargissement ne constitue pas dans la reprise d'un tel procès une nouvelle demande (1).

Le syndic ne poursuit pas le procès comme représentant du failli ou des créanciers, mais comme « organe public en un nom particulier pour la réalisation du but du concours » (2).

Dans le procès en contestation intenté par le syndic, le débiteur peut être appelé comme témoin, mais ne peut arrêter aucun serment (3).

Le syndic ne peut céder ni le droit de contestation ni l'instance à un tiers (4). S'il se désiste, par la reconnaissance d'une créance contestée, cette action est écartée pendant toute la durée de la faillite.

Le profit de la contestation intentée ou continuée par le syndic tombe exclusivement dans la masse.

La fin de la procédure de concours met fin aussi au

1. L. Seuffert, ouvrage cité, p. 219.

2. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechtes*.

3. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XXIX, p. 29.

4. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, p. 72. — L. Seuffert, ouvrage cité, p. 219. — En sens contraire : Wil-mowski, ouvrage cité, p. 125.

pouvoir du syndic. Après la clôture de la faillite les créanciers peuvent reprendre individuellement le procès précédemment en litige, s'il n'a été poursuivi par le syndic.

Toutefois leur droit de contestation peut être juridiquement modifié, et ils sont atteints par les exceptions qui ont été opposées au syndic, si elles concernent la demande elle-même et leur sont opposées (1).

Au contraire la nullité de leur instance pour expiration des délais de leur action pendant la durée de la faillite ne saurait leur être opposée puisque, alors, ils étaient dans l'impossibilité d'agir.

Il est entendu, d'après l'alinéa 5 du paragraphe 13, que les créanciers peuvent agir même durant le cours de la faillite, par voie de procédure individuelle, pour attaquer les opérations du failli relatives à une partie du patrimoine du failli qui n'appartient pas à la masse.

Leur droit étant en dehors de la faillite, et se poursuivant sur un objet sur lequel la masse n'a aucun droit, son exercice ne saurait apporter de trouble à l'administration du syndic. Il n'y a donc aucune raison pour leur en refuser l'exercice.

1. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 380. — Hartmann, ouvrage cité, p. 258.

§ 4. — PRESCRIPTION

Dans la procédure de concours, le droit d'exercer l'action en contestation se prescrit par un an à compter de l'ouverture du concours.

Toutefois le syndic peut, même après ce délai, refuser de payer lorsque l'opération attaquable a donné naissance à une obligation du failli (1).

En dehors de la procédure de concours, l'extinction de la contestation est réglée séparément pour chaque cas et varie entre un ou deux ans depuis l'accomplissement de l'acte pour les cas des n^{os} 2, 3, 4, du paragraphe 3.

Le cas prévu par le n^o 1 du paragraphe 3 est visé sous le paragraphe 12 de la loi de 1898 ainsi conçu :

« La contestation d'un acte déclaré attaquable par le n^o 1 du paragraphe 3 ne peut avoir lieu que dans les dix ans. On appliquera par analogie à l'écoulement de ce délai les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 203 et celles des articles 206 et 207 du Code civil.

» Le délai court du moment où le créancier avait obtenu son titre exécutoire et où sa créance était exigible, et si l'acte a été conclu postérieurement à ce moment, du jour de sa conclusion.

1. Paragraphe 41 de la *Konkursordnung*.

» La contestation cesse de pouvoir être poursuivie, s'il s'est écoulé plus de trente ans depuis la conclusion de l'acte (1). »

Les articles 203, 206 et 207 du Code civil ici mentionnés règlent les suspensions des prescriptions, soit dans les cas de force majeure, soit en faveur de mineurs, ou d'incapables, ou de successions.

La disposition du dernier alinéa se rapporte à l'étendue de la prescription à l'égard des personnes incapables d'agir, ou limitées par certaines incapacités d'agir et n'ayant aucun représentant légal. Le délai ici n'est pas moindre que dans le cas de l'article 124 du Code civil, tandis que le délai de ces actions dans la loi de concours reste complètement en dehors de ces considérations de volonté, par le fait que dans le concours le droit de contestation est toujours exercé par le syndic (2)

Les délais indiqués dans ce paragraphe ne sont pas des délais de prescription (*Verjährungsfristen*), mais des délais fixes (*Auschlussfristen*), et l'expiration de ces délais n'a pas lieu d'office, elle doit être invoquée, mais alors elle arrête toute plainte par voie d'action ou d'exception (3).

1. Traduction de Carpentier, ouvrage cité, p. 523.

2. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 375.

3. Karl Meyer, ouvrage cité, p. 375.

TROISIÈME PARTIE

COMPARAISON DES SYSTÈMES FRANÇAIS ET ALLEMAND

Il y a tout d'abord entre les deux législations une différence essentielle :

En droit français les nullités des faillites font partie du Code de commerce et ne s'appliquent qu'aux commerçants et aux actes de commerce.

En droit allemand la procédure de faillite est réglée, nous l'avons vu, par une loi spéciale, la *Konkursordnung* qui s'applique aux non-commerçants aussi bien qu'aux commerçants.

Cette différence d'étendue donne en Allemagne une portée bien plus vaste à l'action paulienne comme action collective, par suite il ne reste plus qu'un champ très restreint à son application comme action individuelle.

La procédure individuelle se borne donc à l'époque

antérieure à l'ouverture ou postérieure à la clôture du concours ou pendant celui-ci, aux actions visant les opérations qui ne font pas partie de la masse ; elle a donc, en tout, et pour tout, une application à peu près égale à celle qu'a chez nous l'exercice individuel de l'action paulienne en droit commercial.

Ressemblances. — Ainsi que nous avons pu le voir, l'action paulienne a conservé en droit allemand les principaux caractères que lui a reconnus la tradition française. C'est une action de droit commun, s'appliquant à toutes sortes d'actes et la preuve exigée est à peu près la même.

Celui qui l'intente, que ce soit le syndic ou un créancier, doit pour triompher avoir une créance échue et pour celle-ci un titre exécutoire (à part certaines exceptions que nous avons vues plus haut). Il doit prouver que cet acte lui a causé un préjudice et par suite montrer que le fait de son accomplissement a causé ou augmenté l'insolvabilité. La notion de préjudice est même plus précise encore que chez nous, il ne suffirait pas qu'il ne soit qu'une conséquence indirecte de l'acte contesté, il faut qu'il en découle normalement, sans l'aide de circonstances auxiliaires (1).

Le créancier poursuivant doit prouver, comme

1. Arrêts précités.

en France, la fraude du débiteur et la complicité du tiers. La preuve de cette complicité est même exigée de façon plus rigoureuse qu'en droit français.

Vis-à-vis des sous-acquéreurs l'exercice de l'action paulienne est réglé de façon semblable en France et en Allemagne : on ne peut les poursuivre que si leur auteur était poursuivable, qu'ils soient acquéreurs à titre gratuit ou à titre onéreux, et si l'action était fondée contre leur auteur, il faut, pour faire réussir l'action contre eux, prouver leur complicité au moment de la sous-acquisition.

Il y a dans les deux législations le même fondement de pénalité civile et de répression du co-contractant comme complice civil.

Cette idée est même plus accentuée en droit allemand. M. Wolff ne dit-il point : si le débiteur n'a pas eu d'intention frauduleuse, la connaissance que peut avoir le co-contractant au moment de l'acte du préjudice qu'il causera au créancier, pas plus que son opinion que le débiteur cherchait à léser les créanciers, ne saurait rendre la contestation recevable (1).

Nous avons vu (2) que l'on reconnaissait en Allemagne comme en France le caractère d'action en nullité que nous avons dit lui être nécessaire pour la pleine réalisation de son but de protection.

1. Wolff, ouvrage cité, p. 136.

2. Chapitre IV.

Les textes et la jurisprudence sont d'accord avec notre théorie. Cependant les auteurs ne partagent point unanimement cette opinion.

Nous avons vu que d'après M. Wolff le droit de contestation est fondé sur l'enrichissement injuste et peut avoir dans certains cas, ceux de l'action paulienne proprement dite, un certain fondement délictuel, que d'après d'autres ce n'était ni une nullité ni une indemnité, mais une obligation de garantie qui était engendrée par l'action paulienne ; le tiers défendeur doit garantir le poursuivant contre le préjudice que lui a causé l'acte. D'autres auteurs envisageant l'action du côté du créancier ne voient en elle qu'un complément d'exécution forcée, d'autres enfin, éludant la question, considèrent cette action comme basée sur une obligation *ex lege*.

Nous ne nous attarderons pas à analyser et à classer ces diverses théories, dont les physionomies distinctes sont d'autant plus difficiles à saisir que leurs auteurs les ont souvent fort peu éclaircies.

De plus, souvent ils parlent en même temps du fondement de l'action et de son caractère.

Or, dire que l'action paulienne est fondée sur l'enrichissement injuste, ou qu'elle a un certain fondement délictuel ne prouve rien pour ou contre son caractère d'action en nullité.

Une action peut fort bien *annuler* un acte, du fait qu'il a procuré à son bénéficiaire un enrichisse-

ment injuste, ou obliger celui-ci à payer une *indemnité*.

De même on peut fort bien *annuler* un acte dans le but de compléter l'exécution forcée, en vertu d'une obligation *ex lege*, et cela, soit pour réprimer une fraude, soit pour protéger le droit des créanciers, soit dans ces deux buts.

Nul auteur, parmi ceux que nous avons consultés, n'apporte de nouveaux arguments en faveur de la théorie de l'indemnité, et la plupart d'entre eux reconnaissent, outre le but de protection des créanciers, un certain but répressif dans l'action paulienne.

Lorsque nous avons soutenu que l'action paulienne était une action en nullité, nous nous sommes appuyés sur sa ressemblance avec les nullités des faillites, nous retrouvons ici un argument de plus en faveur de notre théorie.

En effet, à part le paragraphe 30 de la *Konkursordnung* qui correspond à peu près à notre article 446 du Code de commerce, et concerne comme lui les nullités découlant des principes mêmes de la procédure de concours, procédure qui implique une plus grande sévérité de répression et une plus grande facilité de preuve. La *K. ordnung* et l'*A. gesetz* sont identiques.

Le paragraphe 3 de l'*Anfechtungsgesetz* qui dis-
sèque, si l'on peut ainsi parler, les cas d'applications de l'action paulienne, reproduit textuellement les

nullités des faillites des paragraphes 31 et 32 de la *Konkursordnung*.

On ne pourrait guère trouver que la différence d'étendue de la demande qui se borne dans l'un au paiement d'un créancier tandis que dans l'autre elle est reversée dans la masse, ce qui, on ne peut le nier, est une conséquence naturelle et forcée de la procédure de concours elle-même.

De plus, alors que le créancier poursuivant doit indiquer nettement dans son assignation quel est le cas particulier de contestation qu'il invoque (§ 9), et que le passage d'un cas à un autre constitue une nouvelle demande, nous avons vu que d'après le paragraphe 13 de cette loi le syndic pouvait poursuivre une instance engagée par la voie de la procédure individuelle et l'élargir d'après les paragraphes 37 à 39 et 41 de la loi de concours sans que cela constitue une nouvelle demande.

Il semble donc dans ce cas reprendre l'action paulienne de la procédure individuelle et la transporter simplement dans la procédure de concours qui influe alors sur son caractère ou son étendue.

Et si dans ce cas c'est l'action du n° 1 du paragraphe 3 qui a été intentée, on serait bien empêché de montrer en quoi cette demande diffère de celle qui aurait pu être fondée sur le n° 1 du paragraphe 31 de la loi de concours, puisqu'elle a le même but, le même objet et les mêmes moyens de preuves, et puis-

qu'elle peut avoir la même portée, qu'elle doit même l'avoir selon l'opinion de certains auteurs.

Le syndic, disent en effet M. Petersen et Kleinfeller (1), lorsqu'il exerce l'action du n° 1 du paragraphe 3 est obligé de demander la garantie accordée par les paragraphes 37 à 39 et 41 de la loi de concours.

Ainsi que nous l'avons fait remarquer au cours de cette étude, le caractère collectif de l'action paulienne est pleinement reconnu dans le concours.

Le syndic seul peut l'exercer pendant toute la durée du concours, comme organe public des créanciers, et tous les créanciers, même ceux postérieurs à l'acte attaqué, profitent de son exercice au prorata de leur créance.

Mais dans l'*Anfechtungsgesetz* nous retrouvons les mêmes caractères que ceux qui sont en France la conséquence de la procédure individuelle. Le procès ne profite qu'à celui qui l'a intenté et à ceux qui sont intervenus dans l'instance, et si le poursuivant triomphe cette réussite demeure *res inter alios acta* à l'égard des tiers qui n'y auraient pas pris part, alors même qu'ils seraient lésés par l'opération attaquée. Leur seule ressource serait donc dans ce cas d'introduire une nouvelle instance si l'objet n'est pas complètement épuisé par la première demande.

1. Petersen et Kleinfeller, *loc. cit.*

Les nécessités de cette procédure augmentent inutilement les frais, et, puisque l'on se trouve dans un cas d'insolvabilité, diminuent la quotité de paiement que ce créancier en pourrait autrement tirer.

§ 2. — DIFFÉRENCES

I. — Une première différence nous apparaît si nous rapprochons les textes allemands et français : l'article 1167 du Code civil et le n° 1 du paragraphe 3 de l'*Anfechtungsgesetz* ou du paragraphe 31 de la *Konkursordnung*.

Tous deux visent bien toutes sortes d'actes, qu'ils soient à titre onéreux ou à titre gratuit, mais l'article 1167 dit simplement : « Les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droit », et la jurisprudence, continuant la tradition, n'exige pas la preuve de la complicité du tiers défendeur, pour les actes à titre gratuit.

Les textes allemands, au contraire, sont ainsi conçus : « Peuvent être attaqués les actes entrepris par le débiteur dans l'intention *connue de l'autre partie* de porter préjudice à ses créanciers. »

De l'avis unanime des auteurs et de la jurisprudence, cet article exige, en principe, pour les actes à titre gratuit comme pour ceux à titre onéreux, la preuve de la complicité du tiers défendeur, c'est-à-

dire sa connaissance de l'intention frauduleuse du débiteur. La preuve est donc plus difficile à fournir en Allemagne qu'en France lorsque l'action paulienne porte sur des dispositions gratuites.

II. — En France l'action paulienne ne peut, d'après la coutume moderne, être exercée valablement que par ceux des créanciers dont la créance est antérieure à l'acte frauduleux (1) puisqu'elle repose sur le tort qu'ils éprouvent dans leur droit de gage général et que, par suite, ils n'auraient pu compter lors de la conclusion de leur contrat sur un objet qui ne figurait plus dans le patrimoine du débiteur.

En droit allemand, au contraire, cette antériorité n'est plus requise.

Le paragraphe 12 de l'*Anfechtungsgesetz* ne dit-il pas en effet : « Le délai court du moment où le créancier avait obtenu son titre exécutoire... et *si l'acte a été conclu postérieurement à ce moment*, du jour de sa conclusion. »

Si ce paragraphe envisage l'hypothèse de l'antériorité du titre c'est donc que la contestation peut aussi être soulevée par des créanciers postérieurs.

C'est ainsi, du reste, que sont motivés certains

1. Les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux peuvent toutefois exercer l'action paulienne lorsque la fraude a été précisément dirigée contre eux, pratiquée par le débiteur en vue de nuire à ses créanciers futurs (Paris, 21 juin 1893. *D. p.* 93. 2. 470).

arrêts du tribunal d'empire. Peu importe, d'après eux, que la créance de celui qui intente l'action soit née antérieurement ou postérieurement à l'opération attaquée (1).

Cette jurisprudence est sans doute un effet de l'extension en Allemagne de la procédure de concours et peut, nous semble-t-il, s'expliquer de cette façon :

L'on admet en Allemagne comme en France en cas de faillite, les créanciers postérieurs à l'acte attaqué, à profiter comme les créanciers antérieurs de l'action exercée par le syndic, en vertu du principe d'égalité de la procédure collective. La jurisprudence a sans doute pensé que puisque ceux-là profitaient de l'action en cas de concours, ils devaient pouvoir l'exercer dans la procédure individuelle. Elle perdait ainsi de vue que l'égalité du profit était une conséquence de la faillite et non du droit particulier des individus.

Peut-être aussi a-t-elle voulu simplement dans ce cas aggraver le caractère répressif de la paulienne.

Toujours est-il que dans ce cas l'exercice de cette action est plus étendu en Allemagne qu'en France.

III. — Dans un autre cas, au contraire, la voie de restitution nous semble plus restreinte dans le droit allemand que dans le droit français.

1. *Jurisprudence du tribunal d'empire*, XXV, p. 63 ; XXXV, p. 12.

D'après la coutume française, en effet, il est admis que, en cas de faillite, l'on peut attaquer les prestations ou paiements faits régulièrement au failli pendant la période suspecte, si le débiteur qui les a faits connaissait l'état de cessation de paiements de son créancier.

Il ne saurait en être de même en Allemagne. Là, de semblables prestations ne sauraient être attaquées puisque par elles-mêmes elles ne causent aucun préjudice aux créanciers de la masse et ne peuvent les léser que par le fait du failli de dissiper l'argent reçu, ce dont ne saurait être déclaré responsable l'auteur de la prestation.

On ne saurait même se prévaloir de la connaissance qu'il aurait pu avoir de la cessation de paiements (1).

IV. — En droit français, c'est à celui qui intente l'action paulienne qu'il incombe de prouver la complicité du co-contractant (complicité qui se réduit dans l'article 447 du Code de commerce à la connaissance de la cessation de paiements du failli), et le défendeur est admis à apporter les preuves de sa bonne foi.

Mais dans les cas prévus par l'article 446, cas dépendant strictement de la procédure de faillite, le syndic a seulement à prouver le préjudice causé par

1. Exposé des motifs de la loi de 1877, p. 121.

l'acte, et celui-ci est forcément sans effet relativement à la masse. Le co-contractant ne saurait dans ce cas être admis à faire la preuve de son ignorance de la cessation de paiements.

Le droit allemand est plus détaillé sur ce point et règle plusieurs hypothèses en particulier : tandis que pour les actes frauduleux conclus avec des étrangers (non-parents), le poursuivant en nullité doit prouver la complicité du tiers défendeur, s'il s'agit d'actes onéreux accomplis avec certains parents d'un degré de parenté ou d'alliance déterminé par la loi, le défendeur est présumé complice, mais il a le droit de prouver qu'à l'époque où il a traité, il ignorait le dessein du débiteur de léser ses créanciers.

Dans le cas visé par le paragraphe 30 qui, nous l'avons dit, correspond à peu près à l'article 446 de notre Code de commerce, il y a un semblable renversement de preuve au sujet des opérations conclues pendant la période suspecte : si elles ont eu lieu dans cette période pour fournir à un créancier un paiement auquel il avait droit, le syndic doit prouver chez ce co-contractant la connaissance de la cessation de paiements ; la période suspecte ne part alors que de la cessation de paiements ou de la demande en ouverture de concours. Si, au contraire, elles ont eu lieu pour procurer à un créancier une sûreté ou un paiement auquel il n'avait pas droit, ce créancier est présumé avoir connu l'état du débiteur, et la période

suspecte comprend, en plus de ce qu'elle comprenait dans l'hypothèse précédente, les dix jours qui précèdent la demande en ouverture de concours ou la cessation de paiements.

Mais alors qu'en France cette présomption serait irréfragable, en Allemagne, le tiers défendeur est admis à prouver sa bonne foi.

V. — Enfin, en droit français, il est unanimement admis que l'action paulienne se prescrit non par dix ans comme les autres nullités, mais par trente ans.

En Allemagne, le délai ordinaire de l'action paulienne proprement dite est de dix ans, mais il peut être porté à trente ans pour ceux qui n'ont pu l'exercer par suite d'une incapacité ou d'une limitation spéciale.

De plus, alors que chez nous les nullités des faillites peuvent être opposées pendant toute la durée de la faillite, en Allemagne le syndic ne peut les invoquer par voie d'action que pendant un an à compter de l'ouverture du concours.

CONCLUSION

Nous avons dit au début de cette étude que l'action paulienne, pour réaliser complètement son but, devait être regardée comme une action en nullité et comme une action collective.

Sur le premier point nous sommes arrivé à cette conclusion que, étant donné la législation et la coutume actuelle, on peut, en droit français comme en droit allemand, reconnaître à cette action le caractère d'action en nullité.

Sur le second, nous avons vu que notre droit n'admettait la procédure collective qu'en droit commercial. Dans ce cas la protection des créanciers est complète. En effet, si certains auteurs et quelques arrêts en admettent l'exercice individuel, tous reconnaissent que le profit en tombe dans la masse et par suite doit être réparti entre les créanciers chirographaires au prorata de leurs créances.

Mais en droit civil le résultat est loin d'être satisfaisant. Le créancier qui intente l'action est seul à en

profiter et les créanciers qui ne sont pas intervenus au cours de l'instance n'ont d'autre ressource que d'intenter l'action à leur tour.

En droit allemand même distinction :

Dans la procédure de concours, l'exercice et le profit de l'action sont collectifs et les créanciers sont protégés et contre le débiteur et contre les agissements de l'un d'entre eux.

Mais si la procédure de concours y est plus étendue que dans notre droit, et si elle comprend la grande majorité des cas d'application, elle n'en laisse pas moins subsister, à côté et en dehors d'elle, la procédure individuelle. Et cette procédure ne vient pas d'une omission de la loi ou d'une concession aux lois antérieures puisqu'elle fut créée par une loi spéciale édictée deux ans après celle de la procédure de concours.

Cette liberté restreinte d'action individuelle vient, à notre avis, de ceci :

Si théoriquement la procédure de concours est celle qui protège le mieux les créanciers, en pratique, dans les cas où il s'agit de sommes peu importantes, comme sa marche est plus lente que celle de la procédure individuelle et les frais nécessairement plus élevés, il peut y avoir avantage pour ne pas absorber en frais le peu d'actif qui reste, de recourir à cette dernière.

C'est reconnaître en pratique l'impossibilité d'une procédure exclusivement collective.

Du reste, comme nous l'avons dit, pour pouvoir être introduite en droit civil français, une telle procédure impliquerait comme en Allemagne une assimilation au moins partielle de la déconfiture et de la faillite. Or cette assimilation trouve de nombreux adversaires et demanderait une réglementation nouvelle de la déconfiture en contradiction absolue avec les principes qui la régissent actuellement.

Mais sans recourir à une réforme aussi radicale, ne pourrait-on point accorder une protection plus efficace aux créanciers du non-commerçant, ne pourrait-on, en laissant subsister l'exercice individuel de l'action paulienne en droit civil, en prendre le profit en quelque sorte collectif ?

Cette action en effet s'exerce actuellement sans aucune publicité spéciale et les créanciers intéressés n'en apprennent souvent l'existence que lorsque le jugement est déjà rendu et doivent par suite intenter une nouvelle action.

Il suffirait, pour atténuer ce résultat, d'exiger de la part de celui qui l'intente, une certaine publicité, affichage ou insertion dans des journaux.

De cette façon les créanciers intéressés pourraient connaître l'existence du procès, par suite intervenir à temps et profiter du jugement rendu en faveur du demandeur sans augmenter exagérément les frais.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

DU BUT DE L'ACTION PAULIENNE ET DE SA RÉALISATION EN DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER. — Aperçu historique.....	7
§ 1. — But de la paulienne en droit romain (repré- sion, protection).....	7
§ 2. — Réalisation (action en nullité, procédure collective).....	9
§ 3. — Conditions requises pour atteindre pleine- ment le but.....	10
CHAPITRE II. — En droit civil.....	13
§ 1. — But. — But répressif.....	13
But de protection.....	16
§ 2. — Réalisation. — L'action paulienne est-elle une action en nullité ?.....	17
L'action paulienne est-elle une action collective.	
CHAPITRE III. — En droit commercial.....	29
§ 1. — Application de l'action paulienne au droit commercial	29

§ 2. — Réalisation.....	33
Exercice individuel de l'action au cours de la faillite.....	35
Procédure collective.....	39
§ 3. — Comparaison des articles 1167 du Code civil et 447 du Code de commerce.....	43

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ALLEMAND

CHAPITRE PREMIER. — Aperçu général de la législation en matière d'action paulienne.....	51
§ 1. — Procédure collective.....	53
§ 2. — Procédure individuelle.....	55
CHAPITRE II. — But de l'action paulienne en droit allemand et conditions générales d'exercice.....	59
CHAPITRE III. — Cas d'application de l'action pau- lienne.....	69
1° Quel que soit le mode de liquidation employé.....	69
2° Dans la procédure de concours seulement.....	80
CHAPITRE IV. — Nature et effets.....	87
1° Nature de l'action en contestation.....	87
2° Étendue de cette action dans les procédures individuelle et collective.....	90
CHAPITRE V. — Exercice de l'action.....	95
§ 1. — De quelle façon elle est intentée.....	95
§ 2. — Contre qui elle peut être intentée (ayants cause).....	97
§ 3. — Par qui elle peut être intentée (créancier, syndic).....	104
§ 4. — Prescription.....	115

TROISIÈME PARTIE

COMPARAISON DES SYSTÈMES FRANÇAIS ET ALLEMAND

Comparaison des systèmes français et allemand.....	117
CONCLUSION.....	131

Vu : Le Président de la thèse,
R. PIEDELIÈVRE

Vu : Le Doyen,
P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
LIARD

